No. 3 2011

Revista Ecuatoriana de ARBITRAJE

Alberto Zuleta Londoño
Alexis Mourre
Alexandre Vagenheim
Alfredo Bullard
Andrés A. Mezgravis
Daniel Robalino
Edgar Neira Orellana
Fernando de Trazegnies
Hugo García Larriva
J. Eloy Anzola
José Antonio Moreno
Juan Francisco Guerrero
Juan Manuel Marchán
Leonardo Sempértegui V
Maria Elena Jara Vásquez
Mario Alejandro Flor
Miguel Andrade Cevallos

La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador

*Juan Manuel Marchán**

Sumario

1. Introducción. **2.** Las causales. **3.** La Jurisprudencia. **3.1** Objetivos generales de la Acción de Nulidad. **3.2** Desarrollo de las Causales. **3.2.1** No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se haya seguido y terminado en rebeldía. **3.2.2** No Realización o Notificación de Pruebas. **3.2.3** Incongruencia *extra* o *ultra petita*. **3.2.4** Violación de Procedimientos para Integrar el Tribunal Arbitral. **4.** Conclusiones.

1. Introducción

Desde la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación[1] (en adelante la "LAM") en el año 1997, el tratamiento que las diversas cortes y tribunales de justicia han dado a la acción de nulidad de laudos arbitrales, los cuales han sido centro de la discusión de la comunidad arbitral ecuatoriana.

Este debate inicial siempre estuvo marcado de un tinte fuertemente procesal, ya que se discutía básicamente: (i) si la nuli-

* Asociado, Pérez Bustamante & Ponce. Co - Profesor de Arbitraje Comercial Internacional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) y Universidad San Francisco de Quito. Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE. LL.M. y receptor del Parker *School Recognition forAchievement in Comparative and International Law, Columbia University*.

1. R.O. 145, 4 de septiembre de 1997. Su codificación fue publicada en el R.O. 417, 14 de Diciembre de 2006.

dad de un laudo debía ser conocida a través de una acción o un recurso[2]; (ii) qué trámite debía darse a la acción de nulidad, ya sea un trámite ordinario conforme el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil[3] o un trámite especial como lo sostuvo la Corte Constitucional[4]; (iii) y la existencia de una serie de recursos en contra del laudo arbitral, que hacen que este proceso sea, en la práctica, interminable.

Estas preguntas se han ido respondiendo, a lo largo de los años, con el desarrollo de una incipiente jurisprudencia dictada por las cortes provinciales y la corte nacional, que ha intentado aclarar este complicado panorama para el arbitraje en el Ecuador.

Vale recalcar que muchas de estas preguntas permanecen sin respuesta o las posibles respuestas dejan de ser alentadoras, como en el caso de la existencia de recursos legales y acciones constitucionales dentro de los procesos de nulidad de laudo arbitral.

2. El autor en conjunto con Xavier Andrade Cadena, en la obra "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica." Marco legal y jurisprudencial, Editorial *WoltersKluwer*, abordaron el tema y señalaron: "Es pertinente anotar que esta no constituye un recurso sino una acción bajo el derecho ecuatoriano; diferenciación trascendental que motivó una reforma a la LAM en el año 2005 y el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia en el caso Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., en el que afirmó: "…quedó claro…que la nulidad del laudo arbitral se persigue por medio de una acción y no de un recurso". Esta distinción tiene relevancia en el derecho ecuatoriano porque los recursos normalmente son concebidos para que tribunales superiores sustituyan las decisiones de cortes inferiores por la existencia de errores sustantivos o adjetivos, propios de los procesos de la justicia ordinaria, mientras que la acción de nulidad de la LAM tiene como única finalidad hacer un control a posteriori del laudo sobre la existencia de los presupuestos formales para su validez."
3. Artículo 59 del Código de Procedimiento Civil que señala: "Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario".
4. Registro Oficial Suplemento No. 605, 4 de Junio de 2009. En esta Sentencia, la Corte Constitucional para el período de Transición sostuvo lo siguiente: "La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas casusas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior…sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del CPC…". Antes de la emisión de esta sentencia la Corte Nacional de Justicia en el caso Pacifictel S.A. vs. Negocios y Telefonía Nedetel S.A. ya se pronunció al respecto y señaló: "…En consecuencia, al no establecerse en la ley el procedimiento a seguirse frente a tales acciones, lo que corresponde por el mismo mandato de la ley, es su sustanciación en juicio ordinario, sin que pueda considerarse acertada, la interpretación por la cual…dicha acción de nulidad merezca un trámite especial o sumarísimo como podría pensarse…" (Pacifictel S.A. vs. Negocios y Telefonía Nedetel S.A., Corte Suprema de Justicia, 20 de Agosto de 2007). En la actualidad hemos podido evidenciar con las cortes provinciales, especialmente la de Pichincha, sustancian las acciones de nulidad en trámite especial y no en juicio ordinario.

Sin embargo, al haber estado concentrados todos estos años en debatir estos asuntos procesales, que son de vital importancia, no se ha discutido a fondo el verdadero objeto y alcance de la acción de nulidad y cuándo un laudo arbitral debe ser anulado. Consideramos importante concentrar el nuevo debate en los defectos sustanciales que debe presentar un laudo, para que reciba la máxima sanción y sea excluido o eliminado del mundo jurídico.

Por esta razón, el objeto de esta corta nota es hacer un acercamiento a las decisiones de las diversas cortes y tribunales de justicia que ya sea han anulado laudos arbitrales o han establecido con total claridad cuándo se cumplen las razones para que un laudo sea anulado.

2. Las causales

Los motivos o causales para solicitar la anulación de un laudo se encuentran enumerados taxativamente en el art. 31 de la LAM, que incluye las siguientes irregularidades procesales: (a) falta de citación de la demanda a la parte demandada en un proceso que se siga y termine ex parte, siempre que ello haya limitado el derecho a la defensa de tal parte; (b) falta de notificación de las providencias del tribunal a las partes que limite o impida su derecho a la defensa; (c) falta de convocatoria, de notificación o de realización de pruebas a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse. Sobre este punto, la Corte Nacional de Justicia, en el caso Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., ha aclarado que esta causal no puede prosperar si la falta de pruebas se debe a la negligencia de las partes; (d) incongruencias *extra* o *ultra petita*; y (e) constitución ilegal del tribunal arbitral.

Estas causales de anulación tienen dos características fundamentales: (i) son taxativos y (ii) se refieren a irregularidades

adjetivas o errores *in procedendo*, mas no a irregularidades sustantivas o errores *in judicando*.

Ha habido alguna discusión sobre si la presencia de otros hechos que no se adecúan a las causales arriba descritas podrían dar lugar a una acción de nulidad, sin embargo la jurisprudencia ha sido clara en señalar que estas son taxativas[5]. A manera de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha cuando se alegó la nulidad de un laudo por haber sido dictado fuera de plazo. En este caso, se sostuvo que: "4) Igualmente hay que referirse a la alegación de que el laudo fue notificado fuera de tiempo. A más de no constar como causal de nulidad en el referido literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, carece de sustento (...)".

3. La Jurisprudencia

De la investigación de las diversas sentencias emitidas por las cortes provinciales, especialmente de Pichincha, hemos encontrado que la gran mayoría de acciones de nulidad se interponen por el vicio de incongruencias *extra* o *ultra petita* previsto en el artículo 31, literal d) de la LAM.

Asumimos que esto se debe a la generalidad de la causal, ya que para muchos litigantes resulta fácil alegar de manera genérica, sin mayor especificidad, que un laudo resuelva cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

En este capítulo pasaremos revista a los principales pronunciamientos en los cuales las cortes han delineado los preceptos sobre los cuales los laudos arbitrales pueden ser anulados y nos

5. Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Ocean Adventures S.A.Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 25 de noviembre de 2009, página 12. "DECIMO: Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación". Ver también: Olicorp S.A. vs. Masgas S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10 de diciembre de 2008, p. 8.

detendremos en ciertas decisiones de nulidad que por su importancia las comentaremos individualmente.

3.1 Objetivos generales de la Acción de Nulidad

La Corte Nacional de Justicia, ya delimitó las prerrogativas de los jueces que conozcan acciones de nulidad derivadas de la aplicación del artículo 31 de la LAM. La Corte Nacional señaló lo siguiente:

> "…[el] objetivo [de la acción de nulidad] no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral … lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada…No corresponde a esta Sala, atenta la naturaleza de la acción de nulidad de laudo…, analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada".[6]

Otras sentencias también se han referido al objeto de la acción de nulidad y han señalado lo siguiente:

> "Las características principales de la acción de nulidad es que es una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, mas no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo…"[7].

6. Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., Corte Suprema de Justicia, Decisión No. 242-2007, 11 de julio de 2007, R.O. Suplemento 542, 6 de marzo 2009.
7. Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 30 de junio de 2010, pp. 3-4; Empresa Pública Hidrotoapi E.P. vs. Constructora Norberto Odebrecht, 20 de marzo de 2011, p. 7; Primax Comercial del Ecuador S.A. vs. Lafarge Cementos S.A., 26 de abril de 2011, p. 7.

En otro fallo al tratar del mismo tema, la actual Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha sostuvo lo siguiente:

> "[...] las causales para acudir a la acción de nulidad son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquier otra vía que habilite al juez a conocer el fondo de la controversia, por ello se considera como una limitación que impide al juzgador entrar a revisar el fondo del asunto"[8].

Igualmente, la jurisprudencia ha señalado que los jueces que conocen de la acción de nulidad no son los superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales y que, por ende, no pueden revisar y reformar los laudos arbitrales:

> "El juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores *in iudicando* y así modificar sus decisiones por el solo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o juicios de valor..."[9].

Finalmente, en una sentencia reciente la Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha, señaló con claridad cuál es la competencia dentro de este tipo de acciones y sostuvo que:

> "[...] radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existe o no el o los motivos de nulidad alegados, ya que la característica principal de la acción de nulidad es que se trata de una acción extraordinaria y limitada por decisión del propio legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, por lo que –necesariamente– las actuaciones de esta Autoridad se

8. Taminternacional Cía. Ltda. vs. Fernando Albornoz, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 31 de marzo de 2010 p. 6.
9. Idem, p. 5. Véase también: PETROINDUSTRIAL vs. Di – Chem del Ecuador S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 22 de marzo de 2010 p. 7.

deben ajustar a la competencia que legalmente se le ha otorgado [...][10]".

Este criterio fue ratificado por las sentencias en los casos Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento EPMAPS vs. Consorcio Bigdig S.A. y Asociados[11], South Garden S.A., Southgarden vs. E.G. Hill Company Inc[12]; Timesharing S.A. vs. Florencio Agustín Monserrate López[13].

3.2 Desarrollo de las Causales

Teniendo claro el marco jurídico que tienen los jueces para pronunciarse sobre la acción de nulidad, queremos ahora comentar ciertas decisiones judiciales que se han tomado cuando se reúnen los requisitos para que cierta causal prevista en la ley opere y por ende se declare la nulidad de un laudo.

3.2.1 No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se haya seguido y terminado en rebeldía

El artículo 31, literal a) establece que podrá intentarse la acción de nulidad: "a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;".

En aplicación de esta causal encontramos una sentencia del anterior Presidente de la ex Corte Superior de Quito, en el caso seguido por el señor Federico Arturo Pérez Molina vs. Programa

10. Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011 p. 8.
11. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 23 de agosto de 2011, p. 6.
12. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 30 de agosto de 2011, pp. 5 a 8.
13. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 27 de septiembre de 2011 pp. 6 y 7.

de Protección Social, que concluyó con un laudo dictado por el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

En este caso, los demandados alegaron que el Programa de Protección Social del anterior Ministerio de Bienestar Social nunca fue debidamente citado con la demanda, ya que en la fecha de citación, el funcionario que fue citado con la demanda no representaba legalmente a dicha entidad. Por esta razón, alega que se causó indefensión al demandado y se configuró la causal de nulidad contenida en el literal a) del artículo 31 de la LAM.

La sentencia declara la nulidad del laudo en vista de que la demanda fue dirigida en contra del Programa de Protección Social, órgano adscrito al Ministerio de Bienestar Social, mas no fue dirigida en contra del Estado ecuatoriano, a través del Procurador General del Estado, conforme dispone la ley.

A parte de esta decisión no hemos encontrado sentencias adicionales que declaren la nulidad en aplicación de esta causal.

3.2.2 No Realización o Notificación de Pruebas

De la investigación realizada pocas decisiones se han referido a cómo debe ser tratada en particular esta causal. El artículo 31, literal c) establece que podrá intentarse la acción de nulidad: "c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse".

En la sentencia del caso Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, encontramos una referencia interesante en el sentido de que "cómo" se haya desarrollado una determinada prueba, no constituye razón suficiente para sustentar una nulidad de un laudo arbitral.

La sentencia en referencia sostuvo que: "En este sentido, retomando lo expuesto en el numeral 2.1 de este considerando, el cómo se haya realizado una diligencia probatoria debidamente ordenada y convocada, no se subsume al vicio de procedimiento contenido en el artículo 31.c de la Ley de Arbitraje y Mediación, como ha cuestionado el accionante. [...] haciéndose hincapié en que no le corresponde a esta Autoridad realizar pronunciamiento respecto del cómo se ha procedido en la diligencia de exhibición antes aludida, ni la forma en que se han valorado las pruebas aportadas."

La sentencia, a nuestro juicio, es positiva y deja en responsabilidad de los árbitros la correcta realización de las pruebas pedidas por las partes y obviamente su valoración dentro del procedimiento. No le corresponde a la autoridad pronunciarse sobre la forma en la que se realizó la prueba, únicamente en caso de que la misma no se haya convocado o convocada no se la haya realizado.

3.2.3 Incongruencia EXTRA *o* ULTRA PETITA.

El artículo 31, literal d) de la LAM, contiene la causal de nulidad conocida como incongruencia *extra* o *ultra petita*. La ley señala que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad cuando "d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado."

Uno de los casos que más ha desarrollado esta causal es el caso PETROINDUSTRIAL vs. Di – Chem del Ecuador S.A., en el cual la Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha señaló lo siguiente:

> "Esta causal invocada puede configurarse a partir de uno cualquiera de dos supuestos: a) que el laudo hubiere recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros; o, b) que el laudo hubiere concedido más de lo pedido"[14].

14. Ver supra nota 10.

La sentencia hace un análisis más detallado y señala que la incongruencia *extrapetita* a su vez puede presentarse en los siguientes dos supuestos:

> "i) Cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en el laudo arbitral; de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o pacto arbitral tomando en consideración el límite material del arbitraje (materia transigible); o, ii) cuando el laudo recae sobre puntos no pedidos en la demanda o en su contestación, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente"[15].

En este caso la Presidenta de la Corte Provincial anuló el laudo emitido por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, alegando que los árbitros habían excedido el marco de sus atribuciones y resolvió sobre aspectos no pedidos por las partes.

A juicio de la Presidenta de la Corte, el Tribunal vició de incongruencia *extra petita* su decisión al declarar que las cláusulas de aplicación de multas, contenidas en un contrato administrativo, eran "ilegítimas por violar principios básicos de equidad y proporcionalidad".

Esta sentencia, a nuestro juicio, pone en evidencia un incorrecto entendimiento sobre la posibilidad de que exista arbitraje en contratos administrativos y sobre la facultad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre las consecuencias que la aplicación legal o ilegal de ciertas cláusulas pueden tener en los contratos administrativos.

15. Ibidem.

En otro trabajo académico conjunto, al hablar sobre arbitrabilidad objetiva, sostuvimos lo siguiente:

> "La Constitución, en el artículo 199, impone el parámetro para definir la arbitrabilidad de disputas en Ecuador. El arbitraje y los procedimientos alternativos para la solución de conflictos "...se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir", precepto que también se encuentra recogido en el artículo 1 de la LAM. Bajo la ley ecuatoriana, entonces, se pueden arbitrar únicamente las materias que puedan ser objeto de transacción, cuya delimitación consta principalmente en la sección sobre el Contrato de Transacción del Código Civil. Dicho Código, en lugar de determinar qué materia puede ser objeto de una transacción, prefirió excluir aquellas que no pueden serlo, dentro de las que se encuentran: (i) la materia penal; (ii) el estado civil de las personas; (iii) el derecho a recibir alimentos, salvo que cuente con aprobación judicial; (iv) los derechos inexistentes o ajenos; (v) la obtenida por dolo o violencia o a propósito de un título nulo; y, (vi) la materia ya resuelta en sentencia con autoridad de cosa juzgada de la cual, al tiempo de celebrarse la transacción, las partes no hubieren tenido conocimiento.[16]"

En este caso en particular resulta curiosa la decisión de la Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha, ya que estaría cerrando la puerta a que los árbitros puedan resolver y adjudicar controversias derivadas de contratos administrativos y las limitaría únicamente a resolver los efectos de la aplicación de ciertas cláusulas.

En más de una oportunidad los tribunales arbitrales se han visto en la necesidad de pronunciarse sobre la debida, legal y/o correcta aplicación de cláusulas contractuales como multas, terminación anticipada o liquidación contractual, sin que esto signifique que se están entrando en materias reservadas para los jueces contencioso-administrativos[17].

16. Ver Supra nota 2.

3.2.4 Violación de Procedimientos para Integrar el Tribunal Arbitral

Esta causal consta del artículo 31, literal e) de la LAM, que señala que se podrá intentar la acción de nulidad del laudo arbitral, cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Uno de los casos más paradigmáticos sobre este aspecto, fue el resuelto de manera reciente por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, cuando anuló el laudo arbitral dictado en el caso Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Ocean adventures S.A., en vista de que uno de los árbitros no estuvo en el país cuando se dictó y firmó el laudo arbitral.

De la sentencia, es importante resaltar los siguientes razonamientos:

> "No puede estar constituido legalmente un Tribunal con uno de los árbitros ausentes del territorio nacional peor aún al momento de la expedición y notificación de ese laudo. Por ello la nulidad alegada en contra del laudo va amparada a la letra e del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que de acuerdo con el principio de especificidad, que acerca de las nulidades consagra nuestro ordenamiento jurídico, las causales están específicamente en el artículo 31 de la Ley de la Materia, que encaja expresamente en la letra e) invocada y que definitivamente influye en la decisión del laudo".

Lo curioso de este fallo es que los recurrentes ampararon la nulidad en la causal contenida en el literal d) del artículo 31 de la LAM, mas no en el literal e) del referido artículo, y pese a esto la Sala dio paso a la nulidad que no fue expresamente alegada. Es decir, la causal específicamente alegada tiene que ver con

17. La discusión sobre arbitrabilidad en contratos administrativos es bastante compleja y ha sido materia de discusiones y ensayos. Recomendamos ver el artículo del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade, Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje IEA, 2009, pp. 19 - 30.

nulidad por incongruencia *extra* o *ultra petita* mas no por incorrecta o ilegal integración del Tribunal Arbitral, lo que a nuestro juicio debió ameritar que la acción de nulidad sea rechazada por improcedente. Cualquier nulidad debe ser expresamente alegada y así resuelta por las Cortes, mas no pueden los magistrados declarar la nulidad de laudos arbitrales por razones ajenas a las alegadas por las partes[18].

Es igualmente importante señalar que en sentencia de primera instancia el anterior Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, rechazó la acción de nulidad que fuera propuesta por Quasar Nautica Expeditions S.A., y con relación al hecho de que uno de los árbitros no haya estado en el país a la firma y notificación de la decisión señaló que *"Esta alegación no se encuentra contemplada, en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que es el fundamento en derecho de la acción de nulidad"*[19].

18. Se ha generado una discusión sobre si se pueden anular laudos por causales ajenas a al LAM y si se debe enunciar claramente la causal por la cual se demanda la nulidad. Es nuestra opinión que el recurrente debe enunciar y fundamentar claramente en qué causal basa su acción de nulidad de las previstas en el artículo 31 de la LAM, sería peligroso abrir la puerta a otras causales para sustanciar nulidad de laudos como si fueran sentencias judiciales. Igualmente consideramos incorrecto y perjudicial para el arbitraje que los jueces "adapten" los pedidos de nulidad cuando los recurrentes equivocan o no señalan con claridad y precisión cual es la causal en la cual basan la supuesta nulidad. Como precedentes hemos podido encontrar tenemos dos decisiones: (i) La primera en es la decisión de la ex - Corte Superior de Justicia de Quito en el caso Grupexport Cia. Ltda., vs. Dincagro's Corporación Agroindustrial S.A., en la que a pesar de haber advertido que "El accionante o recurrente no ha señalado concreta y específicamente como estaba obligado a hacerlo cual es el asunto sobre el cual, en el laudo arbitral, el Tribunal se excedió en sus atribuciones...", anuló el laudo impugnado por considerar que "...el laudo arbitral decidió sobre algo que no estaba sujeto a arbitraje como era el determinar que por liquidación de un perito se estableciera el monto de lo que tenía que pagar la demandada". Grupexport Cia. Ltda., vs. Dincagro's Corporación Agroindustrial S.A., Quinta Sala de lo Civil, Corte Superior de Justicia de Quito, 17 de febrero de 2004; (ii) La segunda es la sentencia fue la dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el caso Promotora Inmobiliaria Urbanis S.A. PROURBANIS vs. Qualifiedcomp S.A. En este caso el Presidente de la Corte en sentencia declaró la nulidad de un laudo arbitral por estar viciado de incongruencia extra petita, cuando la solicitud fue interpuesta por falta de motivación invocando el artículo 76(7)l de la Constitución. Promotora Inmobiliaria Urbanis S.A. PROURBANIS vs. Qualifiedcomp S.A., Presidencia de la Corte Provincial del Guayas, Guayaquil 13 de diciembre de 2011.

19. Ver supra nota 5, p. 3.

4. Conclusiones

Como señalamos en la introducción, el objeto de este trabajo era hacer un acercamiento y estudio de las sentencias dictadas por diversas cortes en los procesos de nulidad de laudos arbitrales. La jurisprudencia que ha sido dictada por la actual y el pasado Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, ha sido favorable para la consolidación del arbitraje y para establecer principios básicos sobre cuales son las prerrogativas de los jueces en este tipo de acciones y cuando son aplicables las referidas causales.

En la jurisprudencia comentada ha quedado claro que la acción de nulidad no está concebida como una instancia adicional y que los jueces que la sustancien no podrán re-evaluar los méritos ni cambiar lo que fue decidido por los árbitros en su momento. De la misma manera la jurisprudencia ha dejado en claro cuándo aplican varias de las causales, y cómo las facultades de los jueces están estrictamente limitadas a los vicios de nulidad previstos en el artículo 31 de la LAM.

Igualmente nos parece importante destacar la sentencia que garantiza la libertad de los árbitros de realizar y valorar las pruebas dentro del procedimiento, sin que esto pueda considerarse como una causal de nulidad. Lo desalentador sin duda es la decisión de nulidad en el caso PETROINDUSTRIAL vs. Di – Chem del Ecuador S.A., que es un precedente nefasto para el arbitraje en contratos administrativos.

Esperemos que esta decisión sea revisada y que la línea de la jurisprudencia relatada se mantenga y que con estas decisiones se fortalezca el accionar de los tribunales arbitrales.

La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación

Edgar Neira Orellana

Sumario

1. Introducción. **2.** Laudos arbitrales y acción extraordinaria de protección. **2.1** Inexistencia de una norma que contemple la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales. **2.2** Alternabilidad del arbitraje. **2.3** Naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral. **2.4** La Asamblea Constituyente de Montecristi eliminó el control de constitucionalidad sobre laudos arbitrales. **2.5** Sobre el contraargumento que invoca el carácter "garantista" de la Constitución. **2.6** Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional. **3.** Convenio arbitral e informe previo del Procurador General del Estado. **3.1** Posición de la Procuraduría General del Estado. **3.2** Análisis de los oficios circulares 09258 de 15 de septiembre y 10623 de 27 de noviembre de 2009. **3.3** El artículo 190 de la Constitución contradice a la Procuraduría del Estado. **3.4** Casos establecidos en la ley, que vuelven exigible el informe favorable del Procurador General del Estado. **4.** Conclusiones.

1. Introducción

La Carta de Montecristi que rige desde octubre de 2008 exhibe como su mejor tarjeta de presentación ser una Constitución "garantista" que precautela los derechos de los ciudadanos y fija un adecuado régimen de garantías para hacer efectivos tales derechos.

Transcurridos más de tres años desde su promulgación, lo que va perfilándose con nitidez no es tanto el derecho del ciudadano ni la vigencia de las garantías para hacerlos efectivos, cuanto las prerrogativas que el Estado y determinados entes públicos han tenido a bien concederse, normalmente para ejercer controles sobre los particulares y acotar espacios de libertad a los sujetos de derecho privado.

El instituto arbitral, lamentablemente, no ha podido escapar a este proceso regresivo, en que el Estado pretende instituirse en el gestor monopólico de la administración de justicia y del bien común, en el dispensador exclusivo de cualquier derecho, y en la instancia vigilante del sistema de justicia privada a que tenemos derecho los ciudadanos.

Las opiniones que defienden que sobre los laudos arbitrales es posible o conveniente un recurso extraordinario de protección, o las que pretenden someter todo convenio arbitral a la aprobación del Procurador General del Estado, son elementos coadyuvantes del proceso regresivo a los que me estoy refiriendo.

Sin embargo, es de destacar que, en el caso particular del arbitraje sometido al derecho ecuatoriano, no es la Constitución de Montecristi, en sí, la que menoscaba el funcionamiento de la institución, sino las interpretaciones interesadas que se han hecho de su texto, originadas en el afán de algunos operadores legales, de acomodar velas al viento estatista que hoy sopla con fuerza sobre la institucionalidad del Ecuador.

Con este antecedente considero oportuno formular dos reflexiones sobre el arbitraje doméstico: la primera relacionada con la impugnación de laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección; la segunda, sobre la autorización del Procurador General del Estado para la suscripción de un convenio arbitral.

Con fundamento en los artículos 94, 190, 427 y 437 de la Constitución vigente, este ensayo plantea que no procede la acción extraordinaria de protección en contra de laudos arbitrales; y que el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado no es requisito para todo convenio que suscriban entidades de derecho público, sino solamente para aquellos casos que prevé la Ley de Arbitraje y Mediación (artículos 4 y 42).

Estas conclusiones están fundamentadas en las normas constitucionales referidas, cuyos mandatos no plantean dudas al respecto. Sin embargo, la tergiversación que se ha hecho de los textos normativos y la extendida aceptación que han alcanzado, exige sustentar las conclusiones que trae el presente trabajo y que no tienen propósito distinto que el de abrir un debate que evite el error jurídico y encause las instituciones constitucionales en el andarivel que les corresponde.

2. Laudos arbitrales y acción extraordinaria de protección

La corriente de opinión jurídica que defiende la procedencia de la acción extraordinaria de protección –*a.e.p.*– contra laudos arbitrales, parte de que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que instituye el artículo 1 de la Carta de Montecristi, descansa sobre la protección de los derechos constitucionales de las personas como finalidad esencial del Estado, y sobre los rigores de la supremacía constitucional. Por ello, un

control de constitucionalidad concentrado en la Corte Constitucional, sustentaría el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales.

Me aparto de ese punto de vista porque, en lo jurídico, encuentro más sólida la conclusión de que la acción extraordinaria de protección no procede contra laudos arbitrales ni contra ninguna decisión adoptada por Tribunales Arbitrales. Las razones en las que se apoya esta conclusión, podrían sintetizarse en las siguientes: *(i)* la inexistencia de una norma que hubiere contemplado la *a.e.p.* contra laudos arbitrales; *(ii)* la alternabilidad del sistema arbitral; *(iii)* la naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral; y, *(iv)* la eliminación que la Asamblea Constituyente de Montecristi hizo respecto de la norma que preveía el control de constitucionalidad de las decisiones de los árbitros. A continuación explicaré cada una de ellas:

2.1 Inexistencia de una norma que contemple la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales

Ninguna disposición de la Constitución de la República ha previsto que un laudo arbitral sea susceptible de impugnación a través de una acción extraordinaria de protección. Así confirma el texto del Art. 94[1] que establece este tipo de acción como una de las garantías jurisdiccionales establecidas para la protección de los derechos fundamentales.

El Art. 94 señala que la acción extraordinaria procede contra (i) sentencias y (ii) autos definitivos en los que se hubieren violado derechos constitucionales; y que solamente procederá

1. Constitución de la República: Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de los términos previstos en la ley.

Del texto de esa norma llama la atención el error en que incurre la segunda parte del artículo, de considerar a la "acción" extraordinaria como si se tratase de un "recurso" después de que ya la ha definido como una "acción". Más allá del gazapo de los asambleístas de Montecristi, resulta claro que ni los laudos arbitrales ni ningún otro género de decisiones adoptadas por árbitros quedaron comprendidos dentro de los pronunciamientos judiciales susceptibles de esta acción extraordinaria. El artículo 94 se refiere exclusivamente a las "sentencias" y a los "autos definitivos" que pronuncian los jueces y que están definidos en el Código de Procedimiento Civil (artículos 269 y 270).

Por su parte, el artículo 437 de la Constitución[2], norma que en lugar de describir las atribuciones de la Corte Constitucional como corresponde a las demás disposiciones insertas en ese Capítulo, inexplicablemente reitera la acción de protección como garantía de las personas, cuando esa disposición ya consta establecida en el comentado artículo 94. Lo curioso es que esta reiteración inconsulta contiene una redacción distinta de la del artículo 94.

¿Qué explicación debemos dar al hecho de que existan dos normas constitucionales que versan sobre una misma materia, pero con redacción distinta?; ¿Cómo entender que además del artículo 94 que ya deja establecida la garantía de la *a.e.p.* en la parte dogmática de la carta constitucional, se haya incluido el artículo 437 para reiterar el establecimiento de esa misma garantía, pero en la parte orgánica? ¿No habría sido más apegado a la

2. Constitución de la República, Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
   1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

técnica legislativa que el sentido del artículo 437 sea fijar una atribución para la Corte Constitucional, antes que redundar en la garantía jurisdiccional ya consagrada en el artículo 94? ¿Esta irregularidad del texto del artículo 437 de la Constitución en que incurrió el legislador constituyente de Montecristi fue producto de su ignorancia o debemos encontrar explicaciones en algún inconfesable episodio de inmoralidad y corrupción?

Cualquiera sea la respuesta que demos a las interrogantes planteadas, se debe subrayar que la redacción distinta del artículo 437, tampoco incluyó a los laudos arbitrales como objeto de la acción extraordinaria de protección. Esta disposición jurídicamente defectuosa, contiene dos partes y en cada una de ellas alude a resoluciones jurisdiccionales diversas: en la primera parte se refiere a (i) sentencias, (ii) autos definitivos y, (iii) "resoluciones con fuerza de sentencia". Pero, en la segunda parte, cuando se refiere a los requisitos de procedibilidad establece algo distinto. Exige que la Corte Constitucional, antes de admitir a trámite el recurso, debe verificar que se trate de (i) sentencias, (ii) autos y (iii) "resoluciones firmes o ejecutoriados". En otras palabras, un mismo artículo prevé requisitos diversos para la procedibilidad de la *a.e.p.*

La segunda parte del artículo 437 ya no exige que los autos sean definitivos. Menciona de manera general a los "autos" es decir, a lo que el Art. 270 del Código de Procedimiento Civil define como la resolución de los jueces sobre cualquier incidente de un juicio. Adicionalmente, en esta segunda parte la norma ya no se refiere a las "resoluciones con fuerza de sentencia" sino a "resoluciones firmes y ejecutoriadas" y esta última categoría podrían incluir un amplísimo género de decisiones administrativas así calificadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y que, bajo determinadas circunstancias, también alcanzan firmeza o ejecutoriedad.

Sobre la base de que el artículo 437 no incluye expresamente a los laudos arbitrales, ¿cabría aceptar que cuando la Constitución se refiere a las "resoluciones con fuerza de sentencia" o "resoluciones firmes y ejecutoriadas"quedaron tácitamente comprendidos los laudos arbitrales? La inconsistencia del artículo 437 derivada de la utilización indistinta de expresiones "resoluciones con fuerza de sentencia" por un lado y, "resoluciones firmes y ejecutoriadas" por otro, como si fueren equivalentes, vuelve discutible la tesis de que esa norma comprendería a los laudos arbitrales.

En mi opinión, nada permite concluir que los laudos –a los que ni siquiera menciona la norma constitucional–, sean susceptibles de la *a.e.p.* Un principio universalmente aceptado en el derecho público impide hacer interpretaciones extensivas de la norma de derecho para ampliar las potestades de un órgano del poder como la Corte Constitucional, en este caso, para concederle potestades revisoras de decisiones jurisdiccionales expedidas dentro de un método de solución de conflictos, al que la propia Constitución califica de "alternativo".

Bajo estas premisas, considero que la tesis que sostiene el presente análisis no se ve afectada por lo que dispone el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que señala que el laudo arbitral tiene los efectos de una sentencia. Esa norma ha sido establecida para hacer cumplir un laudo arbitral, en ningún caso para volver ineficaz el pronunciamiento de los árbitros o retardar el cumplimiento de las decisiones arbitrales, menos en el sentido de abrir la puerta para volver a discutir el fondo de lo ya decidido.

2.2 Alternabilidad del arbitraje

El artículo 190 de la Constitución reconoce al arbitraje como un método de solución de conflictos, al que califica como "alternativo". De esta disposición consagrada en un mandato del más alto rango normativo en nuestro ordenamiento, surgen varias

consecuencias jurídicas, sin las cuales no sería posible cumplir la voluntad del legislador constituyente.

El sistema alternativo de solución de conflictos es distinto del sistema de solución de controversias de la Función Judicial. Las normas que regulan al arbitraje son diversas y se rigen por un principio de especialidad. Institutos y métodos de interpretación, que son propios del arbitraje (competencia de la competencia, separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral, pro arbitraje etc.) informan la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Una consecuencia de la alternabilidad del arbitraje es que el régimen procesal del arbitraje se sujeta a normas que le son propias, diferentes de las aplicables a los juicios ordinarios. El artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación que señala que las reglas de procedimiento civil son aplicables supletoriamente a los arbitrajes en derecho, confirman la especialidad y *alternabilidad* del arbitraje porque tal aplicación es solamente para los casos de silencio de la Ley de la materia.

La alternabilidad prevista constitucionalmente está desarrollada en la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 31) cuando establece que contra un laudo arbitral no es admisible ningún recurso que no sean los horizontales de aclaración y ampliación. Prevé también la "acción" de nulidad siempre que hubieren ocurrido una o varias de las causales previstas en dicha disposición legal. De ahí que la aceptación a trámite de recursos de apelación o casación contra los fallos de los Presidentes de las Cortes Superiores que resuelven las acciones de nulidad, comporte una violación del artículo 190 de la Constitución y del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Resulta incongruente que, mientras el artículo 190 de la Constitución consagra al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, se hagan interpretaciones extensivas del artículo 437 de la Constitución para asimilar los laudos arbi-

trales al régimen de la jurisdicción ordinaria, para someterlo al sistema general de impugnación de las sentencias que dictan los jueces.

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial que fija atribuciones jurisdiccionales a favor de los árbitros, tampoco contradice la conclusión de que los laudos están excluidos de la acción extraordinaria de protección. Además, el carácter jurisdiccional de los pronunciamientos de los árbitros no es una novedad que trajo el Código Orgánico de la Función Judicial[3].

En consecuencia, la alternabilidad del arbitraje previsto en el artículo 190 permite concluir que el régimen de recursos para impugnación de laudos arbitrales se rige por la ley especial de la materia, puesto que, de otra manera, se permitiría que la Corte Constitucional tenga atribuciones para resolver sobre el fondo de lo que previamente ya han decidido los árbitros. Es de insistir que si la voluntad de las partes expresada en un convenio arbitral fue la de someter sus controversias a la jurisdicción convencional, que la Constitución reconoce y declara como "alternativa", no cabe que la decisión de tal controversia quede librada a la decisión final de la Corte Constitucional.

En contradicción a las conclusiones precedentes, se afirma que la *a.e.p.*, bajo la norma del artículo 437 de la Constitución, no autorizaría a la Corte Constitucional a pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la controversia, sino solamente a controlar la observancia de las garantías del debido proceso en el trámite de un juicio arbitral. En mi opinión, dos argumentos de derecho desmerecen tal apreciación: el primero tiene relación con el artículo 437 de la Constitución. Si esa norma no ha previsto de manera expresa la impugnación de laudos a través de la acción

3. El ejercicio jurisdiccional que corresponde a los árbitros es anterior a la mencionada norma del Código Orgánico de la Función Judicial expedida en marzo de 2009. Parte del Art. 3 del Código de Procedimiento Civil publicado en el R.O. 133 de 7 de febrero de 1953, que definió a la jurisdicción convencional como aquella que nace del acuerdo de voluntades y fue recogida también en la Codificación del Decreto Supremo 3070 de diciembre de 1978 (R.O. 735, 20-XII-1978), y en la Codificación de julio de 2005 (R.O. 58, 12-VII-2005).

extraordinaria, tampoco pudo haber contemplado que la pretendida revisión de un laudo quede circunscrita solamente, al análisis de si se observaron o no las reglas del debido proceso. Es decir, si la Corte Constitucional aplica indebidamente el artículo 437 para extender sus atribuciones de control sobre los laudos, no encontraría ningún obstáculo jurídico para revisar nuevamente el fondo de la controversia.

El segundo argumento que se opone a esa afirmación se fundamenta en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El examen del cumplimiento de las garantías del debido proceso, en un arbitraje, tiene relación directa con las causales de nulidad del laudo arbitral: que no se haya citado legalmente con la demanda y que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; que no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; y, que no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubieren practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que debían justificarse.

Sobre la base de la Ley de Arbitraje y Mediación (artículo 31) y fundamentado en la alternabilidad del arbitraje según previsión constitucional (artículo 190), correspondería a los Presidentes de las Cortes Superiores, verificar el respeto a las reglas del debido proceso, a través de las acciones de nulidad que conocen, puesto que las causales a), b) y c) del artículo 31 de la Ley especial están enderezadas a proteger y precautelar la tutela efectiva del derecho, el derecho a la defensa y el principio de igualdad procesal en el arbitraje.

2.3 Naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral

Por disposición del artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el objeto de un litigio arbitral no puede ser otro que

derechos de naturaleza transigible, esto es, de libre disposición de las partes según el artículo 2348 del Código Civil.

En una controversia arbitral, las partes procesales no disputan la declaración de un derecho constitucional que por disposición del artículo 11 de la Constitución, son indivisibles, inalienables e irrenunciables. Las controversias arbitrales versan sobre disputas de carácter contractual, patrimonial y de relaciones jurídicas en los que están involucrados derechos esencialmente transigibles, calidad que contradice el carácter inalienable o indivisible del derecho constitucional cuya protección corresponde a los jueces de instancia o a la Corte Constitucional, antes que a los árbitros.

Lo manifestado no significa que en la resolución de un determinado conflicto, los árbitros estén excluidos de analizar o aplicar normas constitucionales. Por ejemplo, en la tramitación de una causa arbitral, será necesario aplicar estrictamente las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución. Sin embargo, es de destacar que la inobservancia de tales garantías no franquea la impugnación de ninguna decisión arbitral a través de una acción extraordinaria de protección, sino a través de la acción de nulidad de laudo arbitral conforme quedó explicado en el acápite anterior.

Las garantías del debido proceso que dentro de un litigio arbitral precautelan con suficiencia la tutela efectiva de derechos e intereses, la igualdad procesal y el derecho de defensa, son lassiguientes: (i) citación de la demanda; (ii) notificación de providencias expedidas en el trámite del juicio; (iii) convocatoria a la práctica de pruebas, notificación de tal convocatoria y práctica de las pruebas ordenadas. Por ello, la violación de estas exigencias no autoriza al afectado a plantear una acción extraordinaria de protección, dado que la Constitución no ha previsto que los laudos sean susceptibles de esta clase de acciones. Frente a la infracción de esas normas, nuestro sistema legal habilita al afectado a plantear una acción de nulidad del laudo arbitral.

Si la norma constitucional ha instituido al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos que se rige por su Ley (Art. 190), las infracciones a las reglas del debido proceso que quedan enunciadas, franquean el derecho del afectado, a impugnar el laudo arbitral mediante la acción de nulidad, en los términos del artículo 31 literales a), b) y c).

2.4 La Asamblea Constituyente de Montecristi eliminó el control de constitucionalidad sobre laudos arbitrales

Las Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi confirman la tesis expuesta, que no procede el control de constitucionalidad contra laudos ni otros pronunciamientos hechos por Tribunales de Arbitraje.

En el Acta 78 páginas 4 a 11 consta el Informe de Mayoría y la propuesta de articulado que aprobó la Mesa No. 8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción, presidida por el asambleísta, Fernando Vega Cuesta. Ese informe recogió treinta y dos observaciones del primer debate y fue sometido a la aprobación del Pleno de la Asamblea con el siguiente tenor, en que destaco el punto de interés:

> "Artículo 1. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir, y con sujeción a la ley. Dichas resoluciones estarán sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos…".

Esta previsión del control de constitucionalidad fue eliminada durante el debate que mantuvieron los constituyentes en el proceso de aprobación de esta norma y la Constitución no la recogió en su texto, dado que la propuesta original fue reformulada.

En consecuencia, el texto final puesto a consideración de los asambleístas cambió según consta del Acta 82, página 25, que eliminó definitivamente la sujeción al control de constitucionalidad cuando se vulneren derechos humanos y fue aprobada en los términos del artículo 190 de la Constitución vigente.

2.5 Sobre el contraargumento que invoca el carácter "garantista" de la Constitución

He tenido oportunidad de escuchar, en varias ocasiones, el argumento de que la Constitución de 2008 instituye un nuevo tipo de Estado, el "constitucional de derechos y de justicia" y que en este orden, novísimo, la Constitución tiene un carácter "garantista" para hacer efectivos los derechos constitucionales. Por ello, en materia de derechos y garantías, los servidores administrativos y judiciales deberían privilegiar la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 11 No. 5).

Sobre la base de estas premisas se considera que la expresión ambigua del artículo 437 de la Constitución, de las "resoluciones con fuerza de sentencia", exige ser interpretada, extensivamente, en el sentido de que los laudos arbitrales también pueden ser impugnados mediante una acción extraordinaria de protección, porque ese es el sentido que más favorecería la efectiva vigencia del derecho constitucional del accionante.

La interpretación extensiva, antes que para precautelar el derecho constitucional o sus garantías, tiene el efecto jurídico de ampliar una potestad de control a favor de la Corte Constitucional. En mi opinión, se tergiversa el sentido del denominado "garantismo".

Por otro lado, la garantía prevalente de los derechos constitucionales –que no es novedad de la Constitución de 2008–, no puede ser entendida en el sentido que favorezca a una parte pro-

cesal solamente, en desmedro de la otra parte procesal a la que también le protegen derechos constitucionales.

Si se aceptara que una de las partes tuviere derecho constitucional de impugnar el laudo arbitral a través de la acción extraordinaria, se desconocería el derecho constitucional a la seguridad jurídica de su contraparte procesal (artículo 82). Es decir, el derecho a que se respete un laudo arbitral cuyo método de solución ha sido declarado constitucionalmente como "alternativo" de la justicia ordinaria y cuando la Constitución no ha previsto, en ninguna de sus normas, que un laudo sea susceptible de la acción extraordinaria. Es más, cuando la propia Asamblea Constituyente eliminó la posibilidad del control de constitucionalidad de las decisiones arbitrales.

El "garantismo" tampoco puede operar en desmedro del derecho a que se respete la voluntad de las partes, de que sus controversias sean resueltas por un árbitro y no por el órgano de control de la constitucionalidad.

De manera que la posición del "garantismo" constitucional, para el caso del arbitraje no pasa de ser una afirmación simplista que no guarda correspondencia con el carácter alternativo que la propia Constitución ha instituido a favor del sistema arbitral y que menoscaba el derecho a la seguridad jurídica, –que es derecho de protección–, dado que el artículo 437 de la Constitución no ha previsto que un "laudo arbitral" sea susceptible de una acción extraordinaria de protección.

El artículo 427 manda que las normas constitucionales sean interpretadas según el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Para los casos de duda se interpretarán en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, según preceptos generales de la interpretación constitucional.

De ahí que el entendimiento que se tenga de la expresión "resoluciones con fuerza de sentencia" no pueda apartarse del carácter alternativo que el artículo 190 de la Constitución de la República ha reconocido al arbitraje ni desconocer el hecho de que la Asamblea Constituyente de Montecristi, en la aprobación final del texto de ese artículo eliminó la posibilidad del control de constitucionalidad de las decisiones arbitrales.

2.6 Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional

Los precedentes de la Corte Constitucional llevan a la conclusión inequívoca de que esta ha interpretado extensivamente la norma de los Arts. 94 y 437 de la Constitución, para conferirse la potestad de controlar la constitucionalidad de los laudos arbitrales. Entre otros, estos pronunciamientos son los siguientes:

- Auto de 8 de julio de 2009, expedido la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por TRANSELECTRIC S.A. contra el laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito;
- Auto de 30 de noviembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por la Señora Esmeralda Lossa de Rosillo y otros, en contra del laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil;
- Auto de 1 de diciembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por Empresa Vial del Azuay EMVIAL S.A. en contra del laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de las Cámaras de la Producción del Azuay.

Estos autos aceptaron a trámite las acciones planteadas contra tales laudos arbitrales. Sin embargo, en ninguno de estos pro-

nunciamientos de la Sala de Admisión, he podido encontrar un análisis motivado sobre los puntos de derecho que dejo consignados en el presente artículo, ni una explicación de por qué los desestiman. Con la misma soltura con la que se autoproclamaron "Corte Constitucional" esta ha decidido asumir, sin más,una competencia para controlar laudos arbitrales, con la invocación mecánica del Art. 437 de la Constitución al que citan, pero sin hacer un examen sustentado de por qué esa disposición permitiría ejercer tal atribución. En los casos mencionados, la Sala de Admisión se ha limitado al examen de requisitos formales establecidos en los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Es de esperar que la Corte Constitucional haga una aplicación correcta del Art. 190 de la Constitución y que desestime toda acción extraordinaria de protección que se plantee contra laudos arbitrales o providencias expedidas por Tribunales de Arbitraje con fundamento en la inexistencia de una disposición que hubiere contemplado la acción especial de protección contra laudos arbitrales; con el reconocimiento de la plena alternabilidad del sistema arbitral según está reconocido constitucionalmente; con una referencia a la naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral, distinto de un proceso en el que se discuten derechos constitucionales; y que atienda al hecho inobjetable de que la Asamblea Constituyente eliminó la disposición que sujetaba las decisiones de los árbitros al control de constitucionalidad.

3. Convenio arbitral e informe previo del Procurador General del Estado

Un segundo tema que ha generado dudas a partir de la Constitución de 2008 tiene relación con el informe de la Procuraduría del Estado y la validez de los convenios arbitrales en que intervienen entes de derecho público.

Se han planteado dos tesis al respecto. La primera sostiene la Procuraduría General del Estado y un sector de árbitros. Señalan que de conformidad con el artículo 190 de la Constitución, cuando el Estado es parte contractual, la suscripción del convenio arbitral exige contar, previamente, con un informe favorable del Procurador General del Estado.

La segunda tesis que la defiende otro sector de árbitros, sostiene que el informe favorable del Procurador General del Estado no es un requisito de validez de los convenios arbitrales que suscriben las entidades de derecho público, al menos no en todos los casos, sino solamente en los que exige la ley.

En estas líneas propongo fundamentar la segunda de las tesis expuestas porque la considero más apegada a la letra y al espíritu de la norma constitucional.

3.1 Posición de la Procuraduría General del Estado

Mediante oficio circular 09258 de 15 de septiembre de 2009, dirigido a las instituciones y entidades enumeradas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Procurador del Estado dispuso lo siguiente:

> "Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública"

En el párrafo final de esa circular se indica que tales instituciones y entidades "previa la suscripción de cualquier convenio arbitral" están obligadas a solicitar ese pronunciamiento, "sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro".

Ese oficio no alcanzó el eco esperado, según demuestra el hecho de que a menos de dos meses de su expedición, la

Procuraduría del Estado debió dictar un alcance del anterior, identificado con número 10623 de 27 de noviembre de 2009, más escueto y conminatorio que el anterior.

En este segundo oficio, el Procurador General del Estado requirió a todas las entidades del Estado que hubieren pactado convenios arbitrales sin haber obtenido la autorización de Procuraduría, que soliciten "dicho pronunciamiento dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha de esta Circular" y señaló lo siguiente:

> "De no solicitarse la autorización prevista en el artículo 190 de la Constitución Política de la República en el plazo previsto, y siendo dicha autorización un requisito esencial para la validez del convenio arbitral, tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea".

Formulo tres observaciones al texto transcrito. La primera, que la carta constitucional que nos rige no es más una "Constitución Política". La segunda, que bajo la hipótesis no consentida de que hubiere la exigencia del informe previo del Procurador, este no sería un "requisito esencial para la validez del convenio". Sería "esencial" si es que sin ese informe no surtiría efecto alguno o degeneraría en uno distinto. A eso se refieren los elementos esenciales en todo contrato conforme lo establece el artículo 1560 del Código Civil, de manera que el informe previo es un requisito formal ajeno a la esencia del convenio, cuya omisión acarrearía su nulidad, nulidad que debería ser declarada por un Tribunal de Arbitraje, bajo el no consentido supuesto de que tal exigencia hubiere impuesto la Constitución.

La tercera observación trata sobre la conminatoria del Procurador. En mi opinión, en lugar de aplicar el artículo 190 de la Constitución se violó abiertamente esa norma, y se lo hizo con expresiones intimidatorias, como se advierte en la frase "tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea". Una velada amenaza que ni el oficio circular

se atrevía a hacerla explícita, porque no indicaba con precisión cuál era el efecto legal de no obtener el pronunciamiento de la Procuraduría.

Entonces, la pregunta que surge es ¿Qué consecuencia legal provocaría sobre el convenio arbitral, la ausencia del informe favorable del Procurador del Estado? En mi opinión, ninguna consecuencia por las razones expuestas más adelante. En todo caso, correspondería a los Tribunales de Arbitraje que conozcan de los eventuales conflictos que surjan a partir de tales convenios, definir tales consecuencias, si es que las hubiera.

3.2 Análisis de los oficios circulares 09258 de 15 de septiembre y 10623 de 27 de noviembre de 2009

En mi opinión, al menos tres argumentos de Derecho objetan la juridicidad de los dos oficios circulares que comento y que los expongo con el interés de que puedan suscitar un debate que contribuya a esclarecer el alcance de la norma constitucional y, de ser el caso, a rectificar en el menor tiempo, lo que considero un grave error jurídico.

- Primer argumento sobre la potestad de interpretar, con efectos generales, normas de la Constitución de la República.

El oficio circular 09258 de 15 de septiembre y su alcance de 27 de noviembre, mal interpretan el artículo 190 de la Constitución y al respecto se deben considerar dos objeciones:

La primera tiene relación con la potestad de interpretar normas constitucionales, con efectos generalmente obligatorios. La Constitución prevé que la máxima instancia de interpretación corresponderá a la Corte Constitucional (artículos 429 y 436.1). En el caso presente, la interpretación que se hace sobre el texto de una norma constitucional y la pretendida aplicación de efec-

tos generales que se busca con una circular dirigida a todas las instituciones y entidades públicas del Estado ecuatoriano, parecería invadir una atribución privativa de dicha Corte.

Las atribuciones que el artículo 3 literal k) de la Ley Orgánica de la Procuraduría reconoce al Procurador para expedir circulares de carácter general, dentro el ámbito de su competencia, no le autorizan legislar sobre disposiciones de la Constitución e imponer un sentido de interpretación con efectos generales, a todas las entidades del Estado. El carácter vinculante de sus dictámenes nace de los casos en que se hubiere absuelto una consulta de conformidad con el literal e) de esa norma legal, pero en el presente, no había absolución de ninguna consulta.

La segunda, se ha hecho una interpretación extensiva del artículo 190 de la Constitución de la República, para comprender bajo su mandato no solamente a los convenios arbitrales que se suscriben con posterioridad al surgimiento de controversias, que son los que la ley somete a la autorización del Procurador del Estado, sino a todo convenio arbitral que suscriban entes públicos.

Es discutible que de una norma de derecho público se hagan interpretaciones extensivas. En este caso, para ampliar las potestades que ejerce la Procuraduría General del Estado, de controlar a través de informes previos, el contenido de los convenios arbitrales, y es más discutible todavía, cuando el sentido de la norma constitucional ha sido limitar esa potestad a las condiciones establecidas en una ley, con aplicación estricta y concordante del principio de legalidad que consagra el artículo 226 de la Constitución.

- Segundo argumento: sobre la vacancia de tres meses para cumplir con el mandato constitucional

Bajo el supuesto no consentido de que el Art. 190 impusiera la obligación que la Procuraduría del Estado refiere en sus oficios circulares, no deja de llamar la atención la vacancia de tres

meses que el Procurador ha tenido a bien otorgar a las entidades del Estado, para cumplir aquello que considera una obligación jurídica, impuesta constitucionalmente.

No existe en el derecho público ecuatoriano ninguna norma que atribuya al Procurador del Estado conceder a las entidades públicas, plazos para aplicar normas constitucionales o legales. Las normas constitucionales son de inmediato cumplimiento. Si la supuesta obligación de obtener el pronunciamiento favorable previo a la suscripción de convenios arbitrales fuera tal, el mandato de la Constitución impondría su cumplimiento inmediato y no podría quedar sujeta a concesiones graciosas de tiempo, según la arbitraria ponderación que haga la Procuraduría del Estado.

- Tercer argumento: infracción del Art. 190 de la Constitución y del Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación

La importancia de este tercer argumento exige un análisis aparte, según lo expuesto a continuación.

3.3 El artículo 190 de la Constitución contradice a la Procuraduría del Estado

El artículo 190 de la Constitución de la República reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos y establece que las disputas de contratación pública, podrán someterse al juicio de árbitros[4] en derecho. La norma tiene el

4. La Constitución ha circunscrito el ámbito de la jurisdicción convencional a controversias de naturaleza contractual. Tal limitación ya venía establecida en el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación y su conveniencia resulta discutible, puesto que hay controversias que sin participar de la naturaleza contractual son de carácter transigible y bien podrían ser conocidas por árbitros. Por ejemplo, las que atañen a la responsabilidad extracontractual de una entidad de derecho público. En este último caso estamos frente a litigios de orden patrimonial en los que, desde un punto de vista práctico, el arbitraje podría resultar conveniente si consideramos que la tramitación del juicio podría tomar entre 8 y 12 meses, frente al tiempo de tramitación del juicio contencioso administrativo que toma entre 3 y 6 años. En esos casos, si se liquidaran intereses, el valor total de una condena reparatoria, en uno y otro caso sería distinto, siendo menor el monto a pagar cuando la duración del juicio es de doce meses frente a 3 ó 6 años.

tenor siguiente en que dejo subrayado lo pertinente al argumento que sostiene este análisis:

> "Artículo 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley".

El tenor de la norma constitucional no plantea dudas sobre los dos mandatos que el legislador constituyente estableció para el arbitraje que resuelva conflictos en contratación administrativa: (i) el arbitraje en la contratación pública será en derecho; (ii) se requiere un pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones que establezca la ley.

De la disposición transcrita no se desprende que el pronunciamiento favorable de la Procuraduría sea una exigencia absoluta, requerida para todo convenio arbitral que suscriba una entidad pública, como ha tenido a bien entender la Procuraduría General del Estado. Al contrario, el texto constitucional es claro al establecer que la ley fija las condiciones en que el arbitraje en derecho para la contratación pública, requiere de un pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría del Estado.

Lo expuesto guarda concordancia con las atribuciones reconocidas al Procurador General del Estado en el artículo 237 No. 4 de la Constitución, en que le faculta controlar los contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, "con sujeción a la ley".

Entender la norma constitucional en el sentido que equivocadamente sugieren el oficio circular 09258 de 15 de septiembre

de 2009 y su alcance 10623 de 27 de noviembre de 2009, comporta una lectura interesada y diminuta del artículo 190 de la Constitución; porque aplica solamente aquella parte del texto que se refiere al pronunciamiento favorable previo; pero omite aplicar la disposición constitucional en su integridad porque prescinde de la expresión final de la norma: "conforme a las condiciones establecidas en la ley".

Los argumentos que contradicen la tesis expuesta en el presente análisis, podrían sintetizarse en dos: el primero, que las Actas de la Asamblea de Montecristi hacen referencia al informe del Procurador General del Estado, en los arbitrajes que comprometen al Estado; y, el segundo, que la Ley de Arbitraje y Mediación que prevé el informe favorable del Procurador solamente en los casos en que ya hubiere surgido la controversia, es una ley anterior a la Constitución de 2008. A continuación analizo estos argumentos:

- Las Actas de la Asamblea de Montecristi no avalan la exigencia del informe previo del Procurador General del Estado.

En defensa de los oficios circulares de septiembre y noviembre de 2009 comentados anteriormente, se afirma que varias actas de la Asamblea de Montecristi, como son las identificadas con números 78 y 82, habrían establecido la exigencia del informe previo de la Procuraduría del Estado.

Según se analizó anteriormente, en el Acta 78, página 11, consta que la Asamblea Constituyente conoció el Informe de Mayoría y proyecto de articulado que presentó para segundo debate la Mesa Constituyente No. 8 de "Justicia y Lucha Contra la Corrupción", presidida por el asambleísta Padre Fernando Vega. Allí aparecen las opiniones de los asambleístas Gina Godoy, Eduardo Maruri, Tito Nilton Mendoza y León Roldós que manifestaron su posición individual, en el sentido de que se debe requerir del informe favorable de la Procuraduría para

sujetar las controversias de un contrato administrativo al juicio de árbitros. El texto que fue propuesto a la Asamblea tenía el siguiente tenor:

> "Artículo 1. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir, y con sujeción a la ley. Dichas resoluciones estarán sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos. En los conflictos en los cuales intervenga el sector público, el arbitraje procederá únicamente en relaciones jurídico mercantiles y previo informe favorable del Procurador General del Estado".

En este proyecto inicial, la Mesa No. 8 había fijado como un requisito de carácter general y absoluto, que todo arbitraje que comprometa una entidad pública debía contar con el informe favorable del Procurador General del Estado. Pero, dicha propuesta no fue aceptada por la Asamblea. No obstante que había un relativo consenso sobre el sentido de la norma, varios asambleístas formularon observaciones, por cierto, poco esclarecedoras, y por ello la redacción original de ese artículo se replanteó en los términos que actualmente rige.

Así, en el Acta 82, página 25, consta la votación final que se registró en el Pleno de la Asamblea Constituyente para aprobar en segundo y definitivo debate, el texto del Art. 190 de la Constitución: 92 votos afirmativos (contra 6 negativos, 5 en blanco y 10 abstenciones) incluyeron en la norma constitucional que el informe del Procurador del Estado se hará con sujeción a las condiciones establecidas en la ley.

Por tanto, las Actas de la Asamblea Constituyente, lejos de avalar la posición de la Procuraduría del Estado y los oficios circulares que comento, la contradicen porque después de examinar todas esas actas, se encuentra que la propuesta inicial para los constituyentes fue que el informe previo y favorable del

Procurador sea una exigencia absoluta, aplicable a todos los casos en que el Estado suscriba un convenio arbitral, pero la que resultó aprobada fue la de que tal pronunciamiento del Procurador quede sujeto a lo dispuesto en la ley, esto es, a las condiciones establecidas en la legislación secundaria, conforme consta del texto actualmente vigente.

Finalmente, remitirse a las Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi o apelar a los comentarios hechos por algunos asambleístas, podría infringir una norma de interpretación jurídica vigente en Ecuador desde la expedición del Código Civil en 1860 y que ha sido universalmente aceptada por las legislaciones de diversos países. El Art. 18 numeral 1 del Código Civil establece que no se desatenderá el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu[5]. Y, toda invocación a las actas de la Asamblea de Montecristi no se justifica cuando el tenor literal del Art. 190 de la Constitución es claro e inequívoco: el informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado, en los arbitrajes en derecho para la contratación pública, será exigible "conforme las condiciones establecidas en la ley".

- La Ley de Arbitraje y Mediación es anterior a la Constitución de la República

Se ha sostenido que la Ley de Arbitraje y Mediación se expidió en septiembre de 1997 y que siendo anterior a la Constitución de 2008 no puede considerarse que haya establecido condiciones para una normativa superior, promulgada y publicada con posterioridad. Este planteamiento parecería sustentarse en la apreciación equivocada de que la nueva Constitución ha derogado todo el ordenamiento jurídico anterior, aun las leyes que no contradicen las disposiciones constitu-

5. Código Civil, artículo 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

cionales.

Tal afirmación se aparta de consideraciones primarias y elementales, sobre lo que es el sistema jurídico positivo y de cómo este se estructura a través de normas de distinta jerarquía. La unidad del ordenamiento se alcanza a través de la concordancia y armonía entre reglas constitucionales, legales, reglamentarias, independientemente de la fecha de su vigencia, de manera que las normas inferiores siguen siendo válidas mientras no contradigan los preceptos de jerarquía superior aun cuando estos fueren posteriores.

Esta es la premisa sobre la que descansa, no solamente la existencia del Estado, sino todo el sistema de fuentes del derecho[6]. Esta premisa del positivismo jurídico no ha sido desechada en la Constitución de 2008, pues varias de sus normas revelan que a partir de ella se ha construido el pretendido "Estado Constitucional de Derechos y Justicia"que proclama. Al respecto, el artículo 424 que fija la supremacía de la Constitución, enumera las fuentes del derecho ecuatoriano, instituye el principio de jerarquía normativa y prescriben la concordancia que debe haber con las normas constitucionales.

En consecuencia, no es jurídicamente relevante para el ordenamiento jurídico y para la unidad del sistema legal, el que las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (Codificada en el año 2006) o las de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de 2002 (Codificada en el año 2004), sean anteriores a la Constitución de 2008, en la medida que tales leyes no resulten contradictorias con las normas constitucionales. Más aun, siendo armónicas como efectivamente son respecto de las normas de la Constitución, integran unitariamente el orden jurídico ecuatoriano y están llamados a cumplirse.

Ninguna atribución tienen los órganos del Estado para irres-

6. Según Hans Kelsen, el Estado es un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de ese sistema normativo; y, "el Estado, como orden no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad" Hans Kelsen, "Teoría General del Estado", Ed. Nacional, México D.F., 1975, p. 21.

petar las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación que instituye en qué casos y condiciones para la validez de un determinado convenio arbitral, se deberá obtener previamente el pronunciamiento favorable de la Procuraduría. Al respecto, el tratadista GEORG JELLINEK señala lo siguiente:

> "Acompaña pues a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones no es puro arbitrio de aquél, como acontece en la teoría opuesta si quiere ser consecuente consigo misma, sino que se trata de cumplir un deber; el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo o mantenerlo"[7].

Por ello, una recta y completa aplicación del artículo 190 de la Constitución de la República exige remisión a las condiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y de la Ley de Arbitraje y Mediación, para establecer en qué casos específicos se debería obtener, previamente, el informe favorable de la Procuraduría que manda obtener la Constitución, y evitar con ello la nulidad del convenio arbitral.

La tesis contradictoria, que es la que parecería inspirar –al menos implícitamente–, las circulares generales de la Procuraduría del Estado, afirmaría que la nueva Constitución derogó las leyes anteriores a octubre de 2008, aun cuando éstas no fueren contradictorias como es el caso de la Ley de Arbitraje y Mediación. El absurdo de esa posición, queda confirmado con el sinnúmero de ejemplos en que la Constitución de octubre de 2008 se refiere a temas que ya han venido siendo regulados por leyes secundarias expedidas con anterioridad y no por ello estas leyes habrían quedado derogadas.

7. Georg Jellinek, "Teoría general del Estado" Fondo de Cultura Económica, , México D.F., 2000, p. 348.

3.4 Casos establecidas en la ley, que vuelven exigible el informe favorable del Procurador General del Estado

Una vez que ha quedado establecido que los convenios arbitrales en contratación pública, exigen del informe previo y favorable del Procurador del Estado en las condiciones que ha previsto la ley y, no en todos los casos, es necesario responder en qué casos la ley ha establecido este requisito formal, determinante de la validez de tales convenios.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado, es concordante con la Constitución porque prevé, como regla de carácter general, que las entidades de derecho público podrán someter sus controversias al juicio de árbitros, y que podrán suscribir el respectivo convenio. Para el efecto, remite a lo que disponga la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por su parte, corresponde a la Ley de Arbitraje y Mediación, en concordancia plena con la Constitución, fijar esas condiciones para la validez del convenio arbitral. La norma legal prevé que las entidades de derecho público podrán suscribir válidamente a convenios arbitrales y que el informe del Procurador será exigible cuando la controversia fuere anterior al interés de suscribir el convenio según consta en el texto que dejo resaltado:

> "Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;..."

En concordancia con el artículo 190 de la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación fija la condición de que el informe del Procurador General del Estado será exigible cuando el some-

timiento a arbitraje se haga después de surgida la controversia. Si se pacta el convenio arbitral antes de la controversia, no será necesario el informe del Procurador General del Estado.

Otro caso previsto legalmente es el de los arbitrajes internacionales. La Ley de Arbitraje y Mediación, armónicamente concordante con la Constitución de la República señala lo siguiente:

> "Artículo 42.- ...Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes".

Esta sería la segunda condición prevista en la ley, que exige del Pronunciamiento del Procurador General del Estado.

4. Conclusiones

Sobre la base de los análisis precedentes, se concluye que:

a) Ninguna norma de la Constitución de la República ha establecido que los laudos arbitrales, menos aún otras providencias que expiden Tribunales de Arbitraje sean susceptibles de una acción extraordinaria de protección. Respecto de una norma de derecho público, no caben interpretaciones extensivas;

b) El artículo 190 de la Constitución que instituye al arbitraje como un método "alternativo" de solución de controversias impide extender a las providencias y laudos expedidos por árbitros, un idéntico régimen de recursos que los previstos para las providencias de los órganos de administración de justicia ordinaria.

c) El artículo 427 de la Constitución establece que las normas constitucionales sean interpretadas según el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, de manera que si el artículo 190 ha señalado la alternabilidad del método de composición, no cabe asimilar al laudo arbitral, un idéntico régimen de impugnación como si se tratase de una sentencia pronunciada por un juez. Así lo entendió la Asamblea Constituyente cuando en el debate definitivo sobre el texto del artículo 190 eliminó el control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas bajo los métodos alternativos de solución de conflictos.

d) De conformidad con el artículo 190 de la Constitución de la República, el pronunciamiento favorable previo del Procurador del Estado no es un requisito de validez de todo convenio arbitral. Solamente de aquellos casos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

e) El artículo 190 establece sobre dicho pronunciamiento, que se hará conforme a las condiciones previstas en la ley para saber en qué casos se requiere el pronunciamiento favorable de la Procuraduría del Estado.

f) El sistema jurídico ecuatoriano contempla dos casos en que es requisito de validez del convenio arbitral, contar previamente con el referido informe: el primer caso lo trae el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El pronunciamiento favorable se exige cuando se quisiera firmar un convenio después de surgida la controversia con un sujeto de derecho público. Por tanto, cuando se suscribe un contrato administrativo se puede válidamente acordar un compromiso arbitral, sin que sea necesario contar con el pronunciamiento del Procurador del Estado.

Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica

*Hugo García Larriva**

Sumario

1. Acercamiento a la Problemática. **2.** Origen contractual del arbitraje. **2.1** El convenio arbitral. **2.2** Aproximación al convenio arbitral en la legislación ecuatoriana. **2.3** La forma escrita del convenio arbitral. **3.** Consecuencia negocial del arbitraje: la relatividad de los efectos frente a los terceros. **4.** Acercamiento a una delimitación de las partes negociales. **5.** Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: inferencia de la voluntad. **6.** Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: el principio de buena fe. **7.** Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: aproximación a las aplicaciones concretas. **7.1** El grupo de sociedades. **7.2** Incorporación por referencia. **7.3** Asunción de obligaciones (Assumption). **7.4** Relación de Agencia (Agency). **7.5** Razgamiento del velo societario o teoría del *alter ego*. **7.6** Doctrina de los actos propios (Estoppel). **7.7** Cesión de derechos y obligaciones y de posición contractual (Assigment). **7.8** Promesa por un tercero y estipulación a favor de un tercero (Third party beneficiary). **8.** Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: práctica ecuatoriana. **9.** El convenio arbitral y los verdaderos terceros. **10.** Acción de nulidad y extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros. **11.** A manera de conclusión.

* Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana AMCHAM-Quito. Ha sido Subdirector del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y Secretario General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Profesor titular de las cátedras de Derecho Sucesorio, Negociación y Procesos Arbitrales en la USFQ. Abogado de los tribunales de la República del Ecuador (USFQ). Especialista Superior en Derecho Procesal (Universidad Andina Simón Bolívar) y candidato a Máster en Derecho de Empresa por la USFQ.

1. Acercamiento a la problemática

El arbitraje, desde su surgimiento como un derecho fundamental de los ciudadanos[1], ha revestido inusual importancia como institución del derecho, llegando a ser objeto de múltiples estudios y reflexiones de orden académico. Y es que esto no es de asombro ni extrañez, pues, desde los albores del gremialismo comercial en la alta edad media, eran los propios comerciantes quienes, ante la ausencia de un Estado nacional que ejercite un monopolio legítimo de la fuerza dentro de un orden jurisdiccional, procuraban el advenimiento de soluciones justas y equitativas a sus disputas comerciales. Solo con el surgimiento del Estado nación y su correspondiente monopolio en la administración de justicia es que se comienza a mirar al arbitraje como un método alternativo –no natural– para que los individuos resuelvan sus conflictos. Sin embargo, los fenómenos que se han desarrollado desde mediados del siglo pasado en el ámbito del comercio mundial, la globalización, el surgimiento de zonas de libre comercio y regímenes aduaneros comunes, los crecientes flujos migratorios de las inversiones, el galopante desarrollo de la tecnología, el incontrolable avance de los medios de comunicación, han exigido métodos de solución de conflictos eficientes, ágiles, transparentes, modernos, flexibles, especializados y sobre todo dinámicos ante los nuevos retos y cambios de una sociedad cada vez más pujante. Es en este contexto en el cual el arbitraje ha manifestado un crecimiento geométrico, es cada vez más preferido como una opción al acudir a la justicia ordinaria.

En la actualidad es común encontrarnos con una multiplicidad de partes, cuyos domicilios se encuentran en jurisdicciones distintas, que celebran negocios que han de surtir efectos en

1. El arbitraje nace como un derecho que parecía conectarse con aquellos denominados como fundamentales para los ciudadanos. Tales son los casos de los preceptos incorporados en las constituciones que surgieron a fines del S. XVIII y finales del S. XIX, como la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 , en cuyo capítulo V Art. 1 numeral 5 declara que "le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atiente par les actes du pouvo ir legislatif"; así mismo es el caso del Art. 280 de la Constitución española de 1812, que declara que "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes".

lugares disímiles, y, como si esto no bastase, es frecuente encontrarse con la intervención de partes, sus agentes, representantes, subsidiarias, garantes, afianzadores, subcontratistas, agencias estatales, quienes intervienen de una u otra manera en la negociación, celebración, ejecución y terminación de uno, cuando no varios contratos –algunos coligados–.

Estos problemas no suscitan mayores complicaciones que las recurrentes a los mismos tratándose de las cortes nacionales, caso distinto es el del arbitraje que nos plantea retos desde su misma concepción. Si bien en el mundo podemos encontrar amplias discusiones sobre la naturaleza jurídica que reviste el arbitraje, todas reconocen el origen convencional del mismo. Es decir que el presupuesto procesal y material del arbitraje constituye necesariamente el convenio arbitral. Y esta característica, como ya se puede advertir, puede generar más de un problema, como bien lo señala JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA,

> "si bien el origen contractual del arbitraje resulta ser un tema pacífico en la doctrina, los alcances de éste para comprometer a las partes pueden ser objeto de incertidumbre pues como veremos no siempre coinciden aquellos que suscribieron el convenio con aquellos que están comprometidos con la ejecución contractual que origina la controversia que vaya a ser sometida a arbitraje"[2].

Imaginemos un caso hipotético en el que un sujeto "A" constituye un Fideicomiso inmobiliario en el cual, además de la calidad de constituyente, comparte las calidades de beneficiario y administrador del proyecto –quien emite las órdenes fiduciarias–. Como administrador instruye a la fiduciaria que contrate con la compañía "X" –de la cual es propietario del 100% del paquete accionario y además es su representante legal– y responsable del diseño de los planos arquitectónicos, de ingeniería y estructurales.

2. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*, en Revista Peruana de Arbitraje, No. 8, Lima, 2009, p. 22.

Concluidos los mismos, emite una nueva orden para la contratación de la misma compañía en calidad de constructora del proyecto. El proyecto preveía la instalación de algunos generadores eléctricos. "A" negocia con la compañía "Y" la provisión de los generadores en función de las especificaciones realizadas en los planos y requerimientos técnicos elaborados por "X". "A" instruye a la fiduciaria la contratación de "Y" y para los efectos envía el proyecto de contrato con los términos negociados a la fiduciaria –el mencionado contrato incluye un convenio arbitral–. Durante la instalación de los generadores "Y" emite instrucciones y varias correcciones técnicas para la correcta instalación de los generadores a "Y", las cuales fueron acatadas. El contrato de fideicomiso incluía una cláusula de garantía expresa por parte del constituyente-beneficiario con respecto a las obligaciones adquiridas por el mismo, además de la obligación de proporcionar al fideicomiso los fondos necesarios para la consecución del proyecto. Por varios motivos el fideicomiso resulta descapitalizado y no puede asumir sus obligaciones con el contratista "Y". Este debería demandar en arbitraje al fideicomiso –el cual ha sido descapitalizado– por el cumplimiento de sus obligaciones, pero, ¿podría demandar además a "A" y a "X" por su participación activa y determinante en la negociación, suscripción, ejecución y terminación del contrato?

Este es el tema central que nos convoca en las presentes reflexiones, ¿quiénes se encuentran obligados por el convenio arbitral?, ¿puede oponerse los efectos del convenio arbitral a personas que no lo han suscrito? En el presente ensayo trataremos de dar luces a este tema, de por sí interesante y complejo, partiendo de un análisis de la doctrina, legislación comparada, y jurisprudencia, tanto internacional como local.

2. Origen contractual del Arbitraje

Como hemos enunciado, el arbitraje es esencialmente convencional y excepcional con respecto a la justicia ordinaria[3]. Es en este sentido que el arbitraje requiere la existencia de un convenio arbitral válidamente celebrado entre las partes para su eficacia. Es claro entonces que el arbitraje es un producto de la autonomía de la voluntad de las partes[4] evidenciada en el convenio arbitral. Como establece Myriam Castro Salcedo

> "[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a per-

3. *Ibidem*, P. 22.
4. Cabe mencionar que la autonomía de la voluntad de las partes en ningún sentido es absoluta. Es más, frecuentemente ha sido limitada y matizada con otros principios como el de la buena fe negocial –y sus derivaciones- y en amplio sensu el orden público. Estas limitaciones a la autonomía de la voluntad surgen principalmente por dos motivos que según G. Ospina y E. Ospina - Guillermo Ospina Fernández; Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, 6ta. edición, Bogotá, 2000. Pp. 11 y 12- corresponden, en primer lugar, a la afirmación del poder activo del Derecho y la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden público, que han determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo que, en general, disminuye las posibilidades de la autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, a las hondas conmociones sociales que han producido el cambio de las economías agrarias a industriales, y de éstas a una economía de empresa, lo que ha determinado la necesidad de que el Estado intervenga en la propia órbita de la autonomía de la voluntad privada, en detrimento de la libertad antes reconocida con generosidad a los individuos, para modificar la naturaleza, el alcance, las condiciones y las modalidades de sus negocios jurídicos y de los efectos que estos están llamados a producir. En este sentido, y como sostiene J. C. Garibotto - Juan Carlos Garibotto, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991., p. 22-, la autonomía así concebida no es admitida de manera absoluta, sino sólo como un principio, con las limitaciones que impone la ley de modo imperativo, puesto que es menester para el ordenamiento jurídico la armonización de los intereses privados con los derechos e intereses de terceros así como con los de la comunidad. Para Luis Parraguez - Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Cuarto Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, USFQ Inédito, 2008, pp. 20, 21.- existen varios factores que limitan la libertad, que en amplio sensu se concedía a los particulares, entre éstos identifica unos específicos, como el equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión, actos propios, buena fe, y otro de manera más amplia, el orden público, en el que se comprenden el interés general de la sociedad, y en el que encuentran acogida tanto las exigencias y prohibiciones que expone la ley, como los requerimientos de la moral y las buenas costumbres. Es este reconocimiento de la naturaleza propia de la libertad del hombre de actuar y reglar sus actuaciones, lo que nos permiten a los particulares, como la solución más lógica, dirimir las controversias dentro de nuestra misma esfera de intereses. Es esta autonomía privada la que nos permite acudir voluntariamente, como requisito de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) - Codificación de la ley de arbitraje y mediación, Registro Oficial Nº 417, Jueves 14 de diciembre del 2006 -, a causa de árbitros, por medio de un negocio jurídico típico de naturaleza auténtica que se denomina convenio arbitral.

sonas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra".[5]

2.1 El convenio arbitral[6]

El convenio arbitral puede ser definido, según palabras de L. F. REGLERO CAMPOS, como "el instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición"[7], es decir que las partes renuncian a su derecho a acudir ante la jurisdicción ordinaria, acordando someter sus conflictos a una jurisdicción que la ejercen unos terceros privados.

Otra definición es la que nos aporta P. AYLWIN AZOCAR[8], el cual sostiene que con este concepto genérico nos referimos al acuerdo de voluntades que dentro de los arbitrajes de carácter voluntario debe darse como presupuesto previo para el mismo. Para GONZÁLEZ DE COSSIO, *"el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje"*[9]. Es en este acuerdo donde las partes otorgan competencia a los árbitros para que diriman sus controversias. Para F. CORDÓN MORENO[10] el convenio arbitral también es la fuente ordinaria del arbitraje voluntario, aunque admite que excepcionalmente puede ser el testamento[11].

5. MYRIAM CASTRO SALCEDO, *El contrato de arbitraje*, Ed. Legis, Bogotá, 2005, p. 114.
6. En el presente ensayo no se hará un análisis exhaustivo del convenio arbitral, sino en cuanto sea relevante para el tema a tratar, por lo cual dejaremos por fuera o toparemos de manera superficial temas muy apasionantes.
7. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 65.
8. Cfr. *Ibídem*, p. 189.
9. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 56.
10. Cfr. F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje...*, p. 57.
11. No compartimos el criterio del autor puesto que el convenio arbitral es independiente del negocio en donde se encuentre, y será éste –el convenio arbitral– siempre la fuente del arbitraje, más allá que se halle estipulado en un negocio jurídico determinado. El que nos refiramos a arbitraje testamentario –contenido en un testamento– o estatutario –contenido en un estatuto– es una denominación para hacer referencia a la fuente donde originariamente se halla el convenio arbitral.

Un efecto, mas no elemento del convenio arbitral, es el llamado contrato de compromisorio o *receptum arbitrii*[12], mediante el cual el árbitro acepta su nombramiento y se vincula de manera directa, manifestando su voluntad de ejercer las tareas de árbitro para el caso concreto; y contrae frente a las partes el deber jurídico de ser su tribunal. Sin embargo, ni las facultades ni los deberes jurisdiccionales del árbitro devienen de este contrato, puesto que le impone la obligación privada para con las partes de desempeñar el cargo y le otorga el derecho de exigir de ellas un honorario; ergo, la relación privada que crea el contrato de compromisorio nada tiene que ver con la función pública que desempeña el árbitro frente a las partes.

2.2 Aproximación al convenio arbitral en la legislación ecuatoriana

Según el artículo 5 de la LAM "[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual…". Como bien sostiene ÁLVARO GALINDO CARDONA[13], en nuestra legislación ya se superó aquella bizantina discusión sobre el compromiso arbitral, cuya obtención era casi imposible, y la cláusula compromisoria, al incluir dentro del convenio a ambos y finalmente establecer la autosuficiencia del Convenio Arbitral[14].

Bajo estos parámetros, podemos decir que el convenio arbitral en nuestro ordenamiento legal es un negocio jurídico que requiere que la voluntad revista una forma escrita. Este requisito debe cumplirse tanto dentro del negocio jurídico sobre el cual

12. Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio…*, p. 46.
13. A. GALINDO CARDONA, "Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador", en *Juris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año II, No. 4, Agosto 2001, pp. 124, 127.
14. Un interesante estudio comparativo sobre la evolución de la autosuficiencia del convenio arbitral fue realizado por ROQUE J. CAIVANO. *Vid.* ROQUE J. CAIVANO, *La Cláusula Arbitral*, Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Quito, Bogotá, 2011, pp. 138-198.

trata, como por documento aparte, siendo en este último caso necesario que el convenio identifique de manera inequívoca el negocio jurídico al cual hace referencia el mismo. De igual manera este requisito puede ser suplido por *"el intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito de que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje"*[15], de suerte que en nuestro sistema es plenamente válido un convenio arbitral epistolar, contenido en facsímiles, o cualquier otro medio de comunicación e información que permitan su consulta, verificación y acceso posterior de manera escrita, siempre y cuando no vulnere las disposiciones legales en la materia. En el caso de controversias extracontractuales, debe identificarse de la misma manera los hechos que los originan.

Un aspecto que es de suma importancia analizar es que el convenio arbitral, y en general el arbitraje en el Ecuador, tiene a su favor el principio *in dubio pro arbitrii*. El Art. 7 de la LAM, al referirse al evento en el cual se discuta ante juez ordinario la excepción de existencia del convenio arbitral, establece que "en caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje".

2.3 La forma escrita del convenio arbitral

Lejos quedó ya aquella época en la cual para celebrar un convenio arbitral las partes debían acudir ante un notario acompañadas de testigos de intachable conducta y probidad notoria para celebrar una cláusula compromisoria por escritura pública –que de paso debía ser requerida judicialmente para obtener luego el compromiso arbitral–[16]. Las exigencias formalistas que establecían provisiones encaminadas a dificultar la celebración del convenio arbitral venían de la mano de una visión recelosa del arbitraje. Esta visión, marcada claramente por una desconfianza en el sistema arbitral, concebía al arbitraje como un meca-

15. Artículo 6 LAM.
16. Roque J. Caivano, *La Cláusula* ..., p. 96.

nismo de renuncia a la jurisdicción ordinaria, o en otras palabras, un sistema de renuncia a un fuero natural de las personas, ergo, para ser eficaz, debía provenir de un convenio arbitral celebrado con el mayor grado de formalismos y ritualismos posible.

Todo esto vino acompañado de una interpretación de carácter restrictivo del arbitraje; me explico. Al ser el arbitraje sustancialmente una renuncia y excepción a la jurisdicción ordinaria, como toda renuncia, es menester interpretarla en estricto derecho de manera restrictiva –quien renuncia lo hace única y exclusivamente a aquello expresamente contemplado, sin la posibilidad de inferir por extensión la renuncia a cualquier otro tipo de derechos–. Este pensamiento afortunadamente ha sido dejado de lado, pues, como bien señala ROQUE J. CAIVANO,

> "es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento «natural» en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto; pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo en los casos en que ha sido inequívocamente pactada"[17].

Al respecto, un interesante fallo de una Cámara Comercial de Argentina estableció que

> "en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada 'jurisdicción arbitral' soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente"[18].

17. ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, en Lima Arbitratio: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, No. 1, Lima, 2006, p. 157.
18. *Ibidem*, p. 153.

En este cambio de pensamiento y avance doctrinal, jurisprudencial y legal influyeron de manera determinante, por un lado la CONVENCIÓN DE NUEVA YORK (CNY)[19], y, por otro, los trabajos y estudios realizados por la COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI[20]). La primera sentó un tope mínimo y estándar de basamento sobre los requisitos de un convenio arbitral para su reconocimiento en otro estado, dejando a salvo el que los distintos países signatarios den un tratamiento más favorable al mismo en sus legislaciones internas, pero al menos comprometiéndose a reconocer y respetar este contenido mínimo. La segunda con la preparación de Leyes y Reglamentos Modelos –que han influenciado la redacción de gran parte de la legislación sobre la materia– y recomendaciones que son fruto de arduas sesiones de trabajo que recogen paulatinamente los avances en materia arbitral.

La CNY en su artículo II (1) establece que cada uno de los estados partes "reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas". Ahora bien, qué debemos entender por acuerdo escrito al amparo de la convención de Nueva York. Es evidente que en el marco de la redacción de la CNY, y luego de más de 50 años de su aplicación, el piso dejado por esta con respecto al requisito de forma del convenio arbitral, hoy por hoy, se encuentra muy alto, inclusive más rígido que la mayoría de legislaciones[21], y que a la luz de los nuevos desarrollos de la jurisprudencia internacional la significación de "acuerdo por escrito" debe tomar un derrotero más flexible y compatible con las actuales circunstancias. El artículo II (2) establece que la expresión *"acuer-*

19. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Codificación 1221, Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.
20. También conocida por sus siglas en Inglés UNCITRAL –*United Nations Commission on International Trade Law*–
21. ALBERT JAN VAN DEN BERG, *Hypothetical draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*, en *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, Tomo 2: "Convención de Nueva York de 1958, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras"*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009, p. 843.

do por escrito denotará"[22] un acuerdo arbitral contenido en un negocio firmado por las partes o en el intercambio de comunicaciones. Para dar un significado a la palabra "denotará", uno puede presumir que algunas otras formas de acuerdo arbitral pueden satisfacer el requisito formal de la convención[23] –verbi gracia el intercambio de mensajes de datos entre otros–. En este mismo sentido se ha pronunciado la CNUDMI al establecer que el requisito establecido en el artículo II (2) *"se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas"*[24].

De igual manera que la concepción de que los hechos descritos en el artículo 2 (ii) deben considerarse como taxativos, paulatinamente se ha ido dejando de lado la idea de exigir como requisito para la validez del convenio arbitral la firma de las partes[25]. Justamente la palabra "signatario" –que da lugar al presente ensayo– es una reminiscencia de aquella época en la cual se exigía que el convenio arbitral se encuentre firmado por las partes para su validez. Como se ha dicho esta idea ha sido desplazada poco a poco por las decisiones jurisprudenciales que han flexibilizado el requisito formal, tal es el caso de KAHN LUCAS LANCASTER INC V. LARK INTERNATIONAL LTD. donde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos esta-

22. Del texto oficial en español de la convención. El texto original en inglés se refiere a "*shall include*" que a nuestro criterio es más revelador para el análisis a realizar.

23. NOAH RUBINS, *Arbitration agreements and non-signatories*, en *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, Tomo 2: "Convención de Nueva York de 1958, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras"*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009, p. 544.

24. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo ii y del párrafo 1 del artículo vii de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39° periodo de sesiones, disponible en http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf

25. En contrario ARMANDO SERRANO PUIG - ARMANDO SERRANO PUIG, *La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral, alcances y limitaciones: El caso ecuatoriano*, en *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo 1, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 558, 559- establece que, en la legislación ecuatoriana es "necesario que el convenio arbitral conste por escrito, que se halle firmado por las partes, que contenga su voluntad cierta y clara de someterse al arbitraje y que haya constancia documental de tal voluntad". No compartimos el criterio del autor, pues la única referencia que se hace a la firma de las partes es al reconocer la posibilidad de existencia de un convenio arbitral en el intercambio de comunicaciones de las partes que permitan su acceso por escrito posterior (Art. 6 LAM). Es más las expresiones "se entenderá también" y "sino también" que usa el mencionado artículo nos da a entender –al igual que la expresión "denotará" en la CNY- que algunas otras formas de acuerdo arbitral pueden satisfacer el requisito formal.

bleció que *"la convención de Nueva York no requiere que la cláusula arbitral se encuentre firmada por las partes mientras exista por escrito"*[26].

No ha sido ajena a esta tendencia las leyes modelos CNUDMI sobre arbitraje comercial. El artículo 7 (2)[27] de la Ley Modelo de 1985 establecía que "se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes" o en el intercambio de comunicaciones entre las partes. Disposición que ha sido interpretada en el sentido más amplio por parte de los tribunales arbitrales[28] y evita interpretaciones

26. Kahn Lucas Lancaster inc v. Lark International Ltd., 186 F.3d 210 (2d ci. 1999) citado en Noah Rubins, *Arbitration* ..., p. 543.

27. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje
    1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
    2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, téleX, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

    Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf

28. Guangdong New Technology Import & Export Corp. Jiangmen Branch v. Chiu Sheng trading as B.C. Property & Trading Company, Corte Suprema de Hong Kong, 23 de agosto de 1991, Caso CLOUT 677, CLOUT 62, en este caso si bien en el contrato firmado por las partes no existía un convenio arbiteal propiamente dicho, el tribunal estimó que era competente pues el acuerdo había sido confirmado por las partes mediante remisión a otros documentos aunque no se hallaban firmados –en estricto sensu- por las partes. William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company, Corte Suprema de Hong Kong, 17 de febrero de 1993, Caso CLOUT 44, CLOUT 2, en este caso existía una nota de embarque que contenía un convenio arbitral que fue firmado únicamente por una parte, el tribunal arbitral estimó que al haber estado el convenio arbitral por escrito en la nota de embarque y al haberse ejecutado las prestaciones del contrato –la entrega de material por una parte y la aceptación del mismo por la otra- constituye consentimiento suficiente y prueba de la voluntad de las partes de arbitrar. China National Electronic Import & Export Shenzhen Company v Chui Chuk Ming (trading as ERWO Enterprises Company), Corte Suprema de Hong Kong, 9 de marzo de 1993, Caso CLOUT 688, CLOUT 64, en este caso se demandó en base a un precontrato y varios contratos conexos, éstos últimos se hallaban firmados por una parte y sellados por esta misma parte en vez de la contraparte, es decir, carecían de la firma una de las partes, el tribunal arbitral estimó que al ser práctica comercial entre ellos el que una parte sellara en lugar de la firma de la contraparte, si bien no existía firma en sentido estricto de ambas partes, esto constituía consentimiento claro para arbitrar. Ionic Lines Limited v. Sino-American Trade Advancement Co. Ltd. Corte Suprema de Hong Kong, 2 de febrero de 1994, Caso CLOUT 62, CLOUT 4, en este caso existía una póliza de fletamento que no contenía las firmas de las partes, sin embargo el tribunal consideró que diversas comunicaciones intercambiadas entre ellas proporcionaban constancia escrita suficiente de su acuerdo de someterse al arbitraje.

restrictivas y se aleja de anquilosados formalismos y ritualismos –como la exigencia de la firma en el convenio arbitral–. Todos los tribunales arbitrales, eso sí, buscan evidencia por escrito de la existencia del convenio arbitral, pues fue claro que en las reuniones preparatorias de la Ley Modelo de 1985, si bien no se encontraban en contra de los mismos, se quiso dejar por fuera de este texto a los convenios arbitrales orales que se daba en algunos lugares y bajo ciertas prácticas comerciales[29], pero fueron sumamente cautelosos al no establecer una sanción a la falta de escrituración del convenio, pues fueron más proclives a que los tribunales arbitrales decidieran su eficacia o no con respecto a las actuaciones determinantes de las partes en el caso concreto[30].

Es lógico –como hemos enunciado– que el paulatino desarrollo de la jurisprudencia arbitral, a tono con las realidades económicas y comerciales cambiantes, haya flexibilizado y reducido aquellos requisitos establecidos originalmente en el texto de la CNUDMI de 1985. Todos estos avances fueron recogidos en la revisión al texto de la Ley Modelo realizado en el año 2006[31], dada cuenta de la ineficacia y desuso de tan estólidos y estultos requisitos por parte de los tribunales arbitrales y las cortes nacionales[32]. Es así como el nuevo artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI 2006 presenta dos opciones. La primera opción[33] mantiene la expresión del requisito de escrituración del convenio arbitral, sin

29. "Acuerdos orales que han sido comunes en algunos lugares y áreas del comercio no deberían estar cobijados por la Ley Modelo, sin embargo debe dejarse abierta su regulación y reconocimiento bajo otras legislaciones", CNUDMI, *Report of the Working Group on international contract practices on the work of its fifth session*, 22 de febrero al 4 de marzo de 1983, New York, A/CN.9/233, p. 66.
30. *Ibidem*, p. 66.
31. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
32. "Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7." CNUDMI, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*, A/CN.9/264, *en Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*, p. 30, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
33. Opción I, Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje, (Aprobado por la Comisión en su 39° período de sesiones, celebrado en 2006)

embargo elimina la innecesaria expresión de "firmado por las partes". Además, amén de expandir y dar un criterio para la interpretación del requisito "escrito", añade un pequeño catálogo, que lejos de pretender ser *numeros clausulus*, constituye una suerte de vademécum ejemplificativo. El avance más importante es que amplía el sentido tradicional de este concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio "que deje constancia de su contenido en cualquier forma", dejando así la puerta abierta para la existencia de un convenio oral. La segunda opción del artículo en cuestión va mucho más allá y elimina absolutamente todo requisito de forma al consagrar que "[e]l 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no". Tanto la opción uno como la opción dos del artículo 7 implican un cambio diametral en la orientación de la CNUDMI, pues en ambos casos admite la posibilidad de la celebración de un convenio arbitral oral a condición de que se deje constancia de su contenido.[34]

De igual manera que la Convención de Nueva York en su momento influyó en el desarrollo de las modernas legislaciones,

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

34. CNUDMI, *Nota explicativa*..., pp. 30, 31.

como es de esperarse, los últimos avances y cambios que venimos mencionando han sido reflejados también en distintas reformas y actualizaciones de orden legislativo que atinadamente han demarcado un nuevo camino en el arbitraje. Dentro de estas podemos encontrar a la peruana[35], de la República Dominicana[36], la chilena[37], la de Costa Rica[38], la de Nueva

35. Ley de Arbitraje de Perú, Decreto Legislativo Nº 1071, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008, Fe de Erratas de fecha 10 de julio del 2008.
Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.- 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.
36. Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial. Publicado en Gaceta Oficial No. 10502, del 30 de diciembre de 2008.
ARTÍCULO 10.- Definición y Forma de Acuerdo de Arbitraje. 1)El "Acuerdo de Arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje ciertas o todas las controversias que hayan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El Acuerdo de Arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El Acuerdo de Arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 3) Se considera incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 4) Se considerará que hay convenio escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso arbitral en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra. 5) Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho dominicano.
37. Ley Num. 19.971. Ministerio de Justicia de Chile Fecha de Publicación, 29 de septiembre de 2004.
Artículo 7°.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.
1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar

Zelandesa[39], la irlandesa[40], la de la República de Mauricio[41], la

la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

38. Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Publicada en la Gaceta 100 del 25 de mayo de 2011
Artículo 7.-Definición y forma del acuerdo de arbitraje .- 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pueden ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato, a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

39. Arbitration Act 1996 No 99 (as at 01 January 2011), Public Act , Schedule 1 Rules applying to arbitration generally, Chapter 2 Arbitration agreement, 7 Form of arbitration agreement (1) An arbitration agreement may be made orally or in writing. Subject to section 11, an arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) A reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

40. Arbitration Act 2010, PART 2, Arbitration, Adoption of Model Law.
6.— Subject to this Act, the Model Law shall have the force of law in the State and shall apply to arbitrations under arbitration agreements concerning—.- (a) international commercial arbitrations, or (b) arbitrations which are not international commercial arbitrations.
Disponible en http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0001/index.html

41. INTERNATIONAL ARBITRATION ACT 2008,
PART II – INITIATION OF PROCEEDINGS 4. Arbitration agreement (1) An arbitration agreement – (a) may be in the form of an arbitration clause in a contract or other legal instrument or in the form of a separate agreement; and (b) shall be in writing. (2) An arbitration agreement is in writing where – (a) its contents are recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or the contract has been concluded orally, by conduct, or by other means; (b) it is concluded by an electronic communication and the information contained in it is accessible so as to be usable for subsequent reference; or (c) it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other. (3) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing where the reference is such as to make that clause part of the contract.
Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=189487

de Eslovena[42], la escocesa[43], la de Inglaterra y Gales[44], la alemana[45], la de Estados Unidos[46], así como también en el nuevo proyecto de Ley de Arbitraje para el Ecuador preparada por CÉSAR CORONEL JONES[47], donde en el artículo 11 opta por el texto literal de la opción uno de la Ley Modelo CNUDMI 2006.

Es evidente que todas estas decisiones, apreciaciones doctrinales y reformas legislativas han construido una interpretación –cada vez creciente– sobre la naturaleza que debe tener el requi-

42. CODE OF CIVIL PROCEDURE (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 26/99)
Article 461
An arbitration agreement may be concluded in relation to a particular dispute, as well as in relation to future disputes which may arise from a particular legal relationship. An arbitration agreement shall be valid only if made in writing. An arbitration agreement is also made in writing if made by the exchange of letters, cables, telex messages or other means of telecommunications, which can provide a written record of its conclusion. An arbitration agreement shall be deemed to have been made in writing also by the exchange of a statement of claim, in which the claimant alleges the existence of such agreement, and a statement of defense, in which the respondent fails to deny this allegation.
Disponible en http://www.sloarbitration.org/english/slo-arb-law/code-civil-procedure-vschina.html
43. Arbitration (Scotland) Act 2010 4. Arbitration agreement
An "arbitration agreement" is an agreement to submit a present or future dispute to arbitration (including any agreement which provides for arbitration in accordance with arbitration provisions contained in a separate document).
Disponible en http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents
44. England and Wales Arbitration Act 1996 The arbitration agreement 6 Definition of arbitration agreement.
(1)In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not). (2)The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement.
Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23
45. Ley Alemana de Arbitraje 98, Libro X del Código de Procedimiento Civil
Artículo 1029 Definición.- 1.- El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo celebrado por las partes para someter a arbitraje todas o una parte de los puntos litigiosos presentes o futuros con respecto de una relación jurídica, ya sea contractual, ya sea de otra naturaleza. 2.- El acuerdo de arbitraje puede constar en un documento separado ("el acuerdo de arbitraje separado") o en una cláusula contractual ("la cláusula de arbitraje").
Disponible en http://www.dis-arb.de/en/51/materials/ley-alemana-de-arbitraje-98-id5
46. UNIFORM ARBITRATION ACT, SECTION 6. VALIDITY OF AGREEMENT TO ARBITRATE
(a) An agreement contained in a record to submit to arbitration any existing or subsequent controversy arising between the parties to the agreement is valid, enforceable, and irrevocable except upon a ground that exists at law or in equity for the revocation of a contract.
http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/uarba/arbitrat1213.htm
47. CÉSAR CORONEL JONES, *Presente y futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley*, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2010, pp. 402, 403. Es de nuestra opinión que si la nueva Ley de arbitraje que se plantea para el Ecuador piensa incorporar los mayores avances en materia arbitral, así como constituirse de cierta manera en un nuevo referente de avance legislativo a nivel regional –como en su momento ha sido la peruana-, se debería dar el salto completo y optar por la opción dos del convenio arbitral que prevé la Ley Modelo CNUDMI.

sito de escrituración del convenio arbitral. Al parecer la mayoría de la legislación y doctrina actual, así como de los precedentes arbitrales –podríamos estar ante el surgimiento de un posible estándar mínimo consuetudinario sobre este requisito–, apuntan a que la escrituración del convenio arbitral ha dejado de ser concebido como un requisito *ad solemnitaten* del convenio arbitral y se relaciona mas con un requisito *ad probationem*[48]. Este fenómeno de haber mutado de un requisito de la esencia del negocio jurídico a un requisito de prueba del mismo se debe a dos principales factores[49] (i) a un esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces para esterilizar los efectos jurídicos de los contratos y de los convenios arbitrales, en particular en el marco del tráfico comercial y en el desarrollo de las inversiones, y (ii) porque la naturaleza *ad probationem* contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen la vigas maestras para la consolidación del sistema arbitral.

En el sistema arbitral ecuatoriano se ha dicho y resuelto muy poco al respecto. Hasta la terminación del presente trabajo no hemos encontrado ningún pronunciamiento de las cortes nacionales sobre la materia. Sin embargo hemos podido identificar algunos precedentes arbitrales que con objeto del presente estudio se analizan[50] y que nos llevan a la conclusión que nuestros árbitros –si bien no son muchos debido a que tampoco se presentan mayores casos sobre esta materia–, lejos de estar ajenos y contrarios a estos avances, son bastante permeables y acuciosos al momento de decidir su competencia en tratándose de estos temas. Esto no debería recurrir mayor sorpresa pues, la mayoría del foro ecuatoriano que trata el tema concluye que el requisito de escrituración previsto en los artículos 5 y 6 de la

48. Fernando Cantuarias Salaverry y Roque J. Caivano, *La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad*, en Revista Peruana De Arbitraje, No. 7, 2008, Lima, p. 58; y Jorge Santistevan De Noriega, *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana*, en Revista Peruana De Arbitraje, No. 7, 2008, Lima, p. 99.
49. Jorge Santistevan de Noriega, *Extensión…*, p. 22.
50. Ver infra § 8.

LAM constituyen solemnidades *ad probationem*[51], que, como lo es ya común para la doctrina internacional, pretende basar el análisis sobre la existencia del consentimiento más que sobre la existencia de tal o cual forma[52].

3. Consecuencia negocial del arbitraje: la relatividad de los efectos frente a los terceros

Como ya lo hemos anunciado en el acápite anterior, el arbitraje tiene como presupuesto un negocio jurídico conocido como convenio arbitral. Esto implica necesariamente que, de conformidad con su naturaleza, le es aplicable la teoría general del negocio jurídico. El negocio jurídico entendido como una norma jurídica[53] que vive dentro de un espacio limitado por la autonomía de la voluntad de las partes[54] –como presupuesto de hecho establecido por el ordenamiento jurídico– despliega un ámbito material, temporal, espacial y personal[55].

El ámbito material se refiere al objeto mismo del negocio jurídico – la creación o extinción de obligaciones– que estará asociado directamente con su posibilidad y licitud. El ámbito temporal del negocio jurídico hace referencia al lapso de tiempo

51. Alejandro Ponce Martínez A, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana*, en Roque J. Caivano, *La Cláusula* ..., p. 434; Ernesto Salcedo Verduga, *El arbitraje Justicia Alternativa*, Distrilib, Guayaquil, 2007, p. 111, Armando Serrano Puig, *La autonomía*..., p.559. En contrario Diego Pérez Ordóñez, *El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana*, en *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, p. 513.
52. Francisco González de Cossío, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, en *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, Tomo 1: "El arbitraje en el Perú y el mundo"*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, p. 217.
53. Esta categorización deviene de la facultad normativa que reviste el negocio jurídico. Es justamente este contenido normativo asociado con la facultad de configuración interna del negocio como expresión de la voluntad de los individuos lo que en esencia constituye el elemento sustancial del negocio jurídico. Carlos Maluquer de Motes, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 232-234.
54. Emilio Betti, *Teoría general del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 45-51. Luigi Ferri, *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil*, Ed. Andrés Bello, 2006, pp. 44-47, Guillermo Ospina Fernández; Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General*..., pp. 312-317, Fernando Vidal Ramírez, *El acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp 38-40.
55. Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 140-149.

dentro del cual el negocio jurídico está llamado a producir sus efectos que será determinado por un plazo, condición, o por el cumplimiento propio de los efectos que está llamado a producir –o el incumplimiento de los mismos cuando deben necesariamente producirse en una determinada temporalidad asociada a la naturaleza de la prestación–. El ámbito espacial implica la determinación geográfica donde el negocio jurídico despliega sus efectos. Esta determinación territorial reviste suma importancia pues incidirá directamente sobre la legislación aplicable al negocio jurídico. Por último, pero no menos importante, se encuentra el ámbito personal. El ámbito personal implica la definición de a quién le son oponibles los efectos del negocio jurídico. Esto es un fiel reflejo de la exégesis del negocio. Siendo el negocio jurídico esencialmente una manifestación de la voluntad de una persona con el fin y la intención de producir los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce, es lógico que este contenido normativo del negocio jurídico vincule única y exclusivamente a quienes, en uso de sus atribuciones, han consentido libre y voluntariamente en él. Es en esencia este ámbito personal del negocio jurídico del cual se desprende el principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico que *in genere* establece que los negocios jurídicos producen efectos únicamente entre las partes.

En el Ecuador no existe en la legislación positiva una norma que consagre de manera expresa este principio[56], sin embargo, se ha reconocido que el mencionado principio está incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 1561 del Código Civil[57] (CC) que establece "[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidadoo sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

56. Algunas legislaciones traen reconocimiento expreso de esta tendencia, verbi gracias, el artículo 1363 del Código Civil peruano establece "Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos…"; el artículo 1275 del Código Civil de España que en igual sentido establece "los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos…"; el artículo 1199 del Código Civil de Argentina que en la misma línea reza "*los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos*".
57. Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

Es en este contexto que, al ser el convenio arbitral un negocio jurídico, esté delimitado por el principio de relatividad de los efectos jurídicos del mismo, lo cual significa, por un lado (i) que solo las partes intervinientes en el mismo se vean afectadas por sus efectos, y por otro (ii) que ese negocio jurídico es oponible *erga omnes*, en el sentido de que todo aquel que es absolutamente tercero a la relación jurídica debe respetarla. Por lo tanto una persona ajena a la misma no puede entorpecer, entrometerse ni impedir la realización plena de los efectos que el negocio jurídico está llamado a producir. En consecuencia solo las partes están llamadas a arbitrar –sea como actor o demandado– una vez surgido el conflicto, y por el otro lado, ningún tercero –en especial los jueces– puede desconocer los efectos de un convenio arbitral válidamente celebrado, por lo que deben abstenerse de inmiscuirse en el proceso arbitral.

Ahora si bien el tema de la relatividad absoluta del negocio frente a terceros resulta ser un tema relativamente claro, no lo es el tema de la determinación de quienes sí son llamados al encuentro del negocio como partes del mismo. Las partes de un negocio jurídico, en principio, son los mismos sujetos que lo celebraron[58], pero resulta que puede ser que los celebrantes lo hayan hecho como representantes, agentes o mandatarios de otra persona, o que en virtud de otro negocio u hecho jurídico una persona pase a ocupar el lugar que otra tuvo en la primera relación, o bien sea que otra persona haya manifestado su consentimiento con el negocio jurídico a través de un medio distinto a la suscripción del mismo. No es raro que una empresa utilice una maraña de subsidiarias para el cumplimiento de un contrato para uno o varios beneficiarios, o que una compañía utilice a otra para la celebración de un contrato con el único fin de evadir responsabilidades, que varias partes celebren contratos coligados dependientes unos de otros por encadenamientos, y que solo uno o alguno de ellos no posea convenio arbitral, entre otros casos. Estas interrogantes trasladadas al campo que nos cita en el presente ensayo, nos llevan a cuestionarnos sobre el hecho de

58. Fernando Vidal Ramírez, *El acto jurídico*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 243.

la posibilidad de incluir en un arbitraje a otras personas que no hayan sido los celebrantes originarios del convenio arbitral. Claro está, con la presente salvedad enunciada en un principio, este "no suscriptor" tiene que ser catalogado como parte del negocio jurídico, pues si del examen que se realice se llega a la indefectible conclusión de que es un simple y llano tercero absoluto, la discusión al parecer se ha de terminar con un simple no. Entonces como se podrá advertir la clave para la resolución de este dilema constituye el determinar quiénes son considerados como partes dentro del convenio arbitral.

4. Acercamiento a una delimitación de las partes negociales

Como hemos establecido en el acápite anterior, normalmente las partes dentro de un negocio jurídico son sus celebrantes originarios –aquellos que concibieron y dieron a luz al mismo–. Sin embargo, como también hemos anotado esto no siempre se compadece con la realidad, especialmente en la complejidad del mundo comercial y de inversiones, donde es más frecuente el uso de vehículos de inversión como sociedades constituidas bajo la figura de subsidiarias, la estructuración de grupos económicos que actúan como una sola realidad a pesar que tener una multiplicidad de entidades jurídicas, de figuras societarias para disfrazar o proteger a los verdaderos interesados en el negocio, etcétera. Es por esto importante intentar esbozar en este punto un acercamiento a quién puede ser considerado como parte.

Comencemos enunciando un precepto que puede sonar a perogrullada, parte no es sinónimo de persona. En efecto el artículo 1454 de nuestro CC establece que "[c]ada parte puede ser una o muchas personas". Por lo tanto *parte* no es específicamente toda persona que concurre a la celebración del contrato sino, como sostiene Messineo[59], solamente aquellas que configuran el

59. Citado por Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Cuanto*,..., p. 245.

"centro de intereses del negocio", el cual comúnmente se encuentra formado por una persona, sin embargo de que pueden formarlo dos o más que busquen la consecución de un mismo interés, caso en el cual nos encontramos frente a una parte compleja o compuesta[60]. En esta línea, para LARROZA parte es *"la persona o conjunto de personas con un interés común, que se interrelacionan entre sí y establecen las relaciones jurídicas que surgen del contrato"*[61].

Estos sujetos que conforman el núcleo del interés negocial pueden ostentar dos calidades: (i) parte formal y (ii) parte sustancial[62]. La parte formal se puede definir como aquella que concurre a expresar su voluntad en la celebración del negocio jurídico; mientas que parte sustancial puede ser definida como aquella que es titular de los intereses negociales que constituyen la relación jurídica. Como podrá advertirse, lo normal es que en una parte confluyan las dos calidades, sin embargo de lo cual, como también podrá dilucidarse, puede ocurrir lo contrario y que estas calidades se encuentren disociadas. En el caso de que un sujeto ostente únicamente la calidad de parte formal –como en el caso del representante de una compañía- este no es una verdadera parte en el sentido que hemos venido analizando; caso contrario, cuando una parte ostenta la calidad de parte sustancial exclusivamente –como en el caso de la compañía representada–, ésta sí se constituye en una parte real como titular del interés negocial, pues es en ella en quien se han de afincar los efectos jurídicos del negocio como si hubiese intervenido directamente. Esta hipótesis no reviste de mayor problema, sin embargo no es la única que se puede plantear. Puede ser que en el ámbito de un negocio jurídico exista una persona, que sin haber actuado a través de un mandatario o representante, se constituya en parte integral del centro de interés del negocio jurídico a través de la manifestación de su voluntad de manera tácita –de ser expresa no acarrearía mayores problemas–, de

60. *Ibidem*, p. 245.
61. Citado por LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *Cuarto...*, p. 245.
62. *Ibidem*, p

suerte que al parecer resulta vinculada y obligada a través del negocio jurídico. Pareciese claro que a toda luz estos actos mediante los cuales expresa su voluntad le configuran como una parte sustancial del negocio jurídico –verdadera parte–; sin embargo, cabe la disquisición –sin mayor relevancia pragmática[63]– de si confluye o no la categoría de parte formal, toda vez que en sentido restringido parte formal es aquella que concurre a manifestar su voluntad en la celebración del negocio jurídico –que pareciese no aplicar–, y en sentido amplio es aquella que expresa de una u otra forma su voluntad que le vincula al negocio jurídico –que podría ser aplicable–, discusión por lo demás inoficiosa pues lo verdaderamente importante es su categorización como parte sustancial.

Cómo podemos evidenciar entonces la problemática queda al fin reducida a la búsqueda esencial del consentimiento[64] de una parte que vinculen sus actuaciones con el centro de interés del negocio jurídico. Por lo que, en resumen, la respuesta a la pregunta de quién se encuentra obligado por el convenio arbitral constituirá un examen de los hechos del caso para determinar quien se encuentra en el centro de los intereses del negocio jurídico a través de la declaración de su voluntad, y quién no.

5. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: inferencia de la voluntad

Del hilo conductor que venimos exponiendo podemos decir que en resumen la respuesta a la pregunta de quién se encuentra

63. No porque el tema de diferenciar una parte sustancial de una formal no revista de importancia, sino porque al ser catalogado como parte sustancial –verdadera parte–, para efectos de oponerle las disposiciones del negocio jurídico, no importa si fue parte formal o no del negocio.

64. El consentimiento de una parte puede ser expreso o bien tácito. En el caso de consentimiento tácito se busca inferir el mismo a través de actos conducentes que vincule al sujeto con el interés negocial. El silencio en la mayoría de casos no implica manifestación del consentimiento normalmente, salvo que de los hechos que rodean al silencio se pueda inferir que dicho acto implique aceptación –p. e. "de no rechazar esta proforma en 24 horas se entenderá aceptada", en este caso las partes le han dado un valor positivo al silencio–. Para mayor abundamiento en el tema ver Guillermo Ospina Fernández; Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General*..., pp.185-190; Fernando Vidal Ramírez, *El acto*..., pp. 93-102; Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Cuarto*..., pp. 157-170.

obligado por el convenio arbitral constituirá un examen de los hechos del caso para determinar quién se encuentra en el centro de los intereses del negocio jurídico a través de la declaración de su voluntad, y quién no, independientemente de si ha suscrito o no el acuerdo de arbitraje[65], pues al ser partes sustanciales están poderosamente vinculados al negocio jurídico en torno al cual se ha pactado el mismo[66], dado que el mero hecho de no haberlo firmado no le excluye necesariamente de los efectos que de este se generen[67].

Es arduo y difícil para los tribunales arbitrales, pero esencial, que se examine si es que de los actos realizados por la parte constituyen o no una derivación del consentimiento en los términos que hemos analizado. Se puede derivar el consentimiento a pesar de que no exista en *estricto sensu* una oferta y una aceptación de conformidad con los términos generalmente referidos para los negocios jurídicos, aún a pesar de que las actuaciones de la "parte" carezcan de una naturaleza recepticia[68], o en otras palabras, que no se hayan planteado en el sentido de encaminarlas hacia las otras partes del acuerdo arbitral con el fin de obtener de ellas una manifestación. En este sentido en el caso HERCULES INC V. UNITED STATES se estableció que *"la existencia del consentimiento para obligarse con un contrato puede inferirse a través de las conductas de las partes"*[69].

Como se apreciará nuevamente, el ejercicio consistente en derivar la voluntad para la determinación y caracterización de

65. Al respecto en el caso INTERNATIONAL PAPER COMPANY V. SCHWABEDISSEN MASCHINEN & ANLAGEN GMBH, Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos, No. 98-2482, March 14, 2000 la Corte sostuvo "una parte puede consentir someterse a arbitraje por medios diferentes de la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral".
66. JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión...*, p. 32; ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje y grupos ...*, p. 123
67. ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje y grupos ...*, p. 124.
68. ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, *¿Y quiénes están invitados a la Fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana*, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, p. 717.
69. HERCULES INC V. UNITED STATES, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 516 U.S. 417, 424, 116 S.Ct. 981, 987, 134 L.Ed.2d 47, 1996. En el mismo sentido ver FISSER V. INTERNATIONAL BANK, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir. 1960; SUNKIST SOFT DRINKS INC V. SUNKIST GROWERS INC, Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito de los Estados Unidos, 10 F.3d 753, 756-57, 11th Circ., 1993.

un sujeto como parte de un convenio arbitral vinculándolo al centro de intereses del negocio jurídico, implica determinar, como sostiene ORREGO VICUÑA[70], ante todo cuál es el interés real que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje, lo que significa en definitiva identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual. Simultáneamente deberá determinarse, si acaso ese interés debe prevalecer sobre "ficciones jurídicas" que se originan en cuestiones como la personalidad jurídica de las sociedades, la nacionalidad, independencia contractual y otras. Ya sea que la conclusión sea favorable a la extensión o contraria a la misma, siempre será esa realidad económica la que determinará si ella se justifica, pues será esta realidad económica la que constituye *facta concudentia* que nos permitirá derivar el consentimiento de una parte.

Ahora, puede pensarse que esta voluntad inferida de la parte no signataria es insuficiente con respecto al requisito de forma escrita del convenio arbitral. Al parecer resulta, a primera vista, de lo más lógico inferir que el requisito de escrituración jamás puede ser suplido por actos que no contengan un sustrato de esta naturaleza. Al respecto, debemos regresar a la interpretación debida de este requisito en el sentido en que, como tal, se exige un indicio de prueba por escrito de la existencia del convenio arbitral –cuando así es requerido[71]–, mas no se requiere que las partes manifiesten su consentimiento con el mismo en forma escrita –como se exigía antes la firma de las partes en el convenio arbitral. Es decir el requisito de un sustrato escrito es exigible para la prueba de la existencia del acuerdo arbitral, más no es exigible un consentimiento por escrito a la parte que pretende vinculársele. En efecto, un grupo de cortes en importantes jurisdicciones han sostenido que tan solo el acuerdo arbitral en sí mismo requiere de escrituración, mientras el ámbito de aplicación subjetivo y material es una cuestión que ha de ser resuelta

70. FRANCISCO ORREGO VICUÑA, *La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas*, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 363, 364.

71. Recordemos que la tendencia moderna y creciente es la de abandonar el requisito de escrituración.

como parte de los méritos del caso[72]. Todo lo anterior es plenamente coincidente con lo que se ha venido enunciando en el presente trabajo pues en ningún caso se plantea la exclusión el grado necesario de expresión de voluntad para que una parte no signataria consienta en el arbitraje, pues, consecuentemente con la naturaleza flexible del arbitraje, con la interpretación *ad probationem* que debe revestir la forma escrita en el acuerdo arbitral y la necesidad de darle eficacia al arbitraje, éste exige un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias que rodean al caso, así como de las conductas desarrolladas por las partes involucradas que permitan descubrir consentimientos implícitos por parte de los no signatarios[73].

Cabe mencionar que no todos los tribunales arbitrales admiten que el convenio arbitral pueda ser extendido a partes no signatarias, sea por falta de prueba de la vinculación real[74] –como ya hemos dicho el estándar de prueba es sumamente alto–, o porque simplemente consideran que al amparo de la *lex arbitrii* no procede la extensión del acuerdo arbitral[75], o sea porque de

72. Noah Rubins, *Arbitration* ..., p. 543. Ver además la nota 28 del presente artículo donde se enumeran algunas jurisprudencias en este sentido.
73. Jorge Santistevan de Noriega, *Extensión*..., p. 41.
74. Caso CCI no. 6519, *Collection of ICC Awards, 1991 – 1995*, Ed. Kluwer Law International, pp. 420 y ss.
"si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que jugaron un papel activo en las negociaciones que le precedieron o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene la cláusula arbitral".
75. Caparo Group ltd v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa, Corte Comercial, Queen's Bench Division, 7 de agosto de 1998 citado en Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos* ..., p. 137 "bajo los hechos del presente caso, la posición resulta clara. El contrato, como lo he dicho, está gobernado por la ley inglesa; de igual manera el acuerdo arbitral. Al amparo de la ley inglesa, no veo fundamento bajo el cual se pueda sostener que las partes, tanto del contrato como del acuerdo arbitral, eran otras que Fargo por un lado y CML por el otro. En mi juicio no hay cabida para una conclusión que incorpore a CAPARO como parte del contrato ni del convenio arbitral". Caso paradigmático es Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd, Corte Suprema Inglesa, EWHC, 121, Comm., 4 de febrero de 2004 donde se resuelve que la doctrina del grupo de sociedades no es parte del derecho inglés. Un extenso análisis del caso se puede encontrar en Noah Rubins, *Arbitration* ... pp. 548-551. Decisión de la Corte de Casación Holandesa citado por Noah Rubins, *Arbitration* ... p. 556 "bajo la legislación holandesa, solo una transferencia formal de derechos (como la cesión, subrogación, o la asunción de una deuda) puede resultar en vinculante a un no signatario de un convenio arbitral". Decisión de la Corte Distrital de Moscú en el caso IMP Group (Chipre) v. Aeroimp, *Yearbook of Commercial Arbitration*, XXIII (1998), pp. 745-749 citado por Noah Rubins, *Arbitration* ... , p. 556, "El término 'acuerdo por escrito' debe incluir a un acuerdo arbitral en un contrato o a un acuerdo arbitral, firmado por las partes o contenido en el intercambio de cartas o telegramas... El consentimiento oral o tácito no logra la conclusión de un acuerdo arbitral".

plano rechazan la posibilidad de que una parte no signataria del convenio arbitral sea incluida en un proceso de esta naturaleza[76] –como actor o demandado–.

Ahora bien, como venimos planteando durante todo el presente ensayo, la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros es un caso sumamente complejo de configurar, por lo cual los tribunales no debieran considerar la situación de sujetos que no hayan suscrito el acuerdo de arbitraje –yendo más allá de la personalidad societaria por ejemplo– a menos que ello se demostrase como razonable[77] en base a indicios suficientes para considerar *a priori* como una posible parte. Pero que podemos considerar como barómetro para lo razonable o no. Es aquí donde surge como elemento integrador y de escrutinio el principio de buena fe.

6. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: el principio de buena fe

El principio de buena fe constituye uno de los pilares sobre los cuales se construye la *lex mercatoria*[78], y ha sido reconocido por la generalidad de los ordenamientos jurídicos del orbe. En *amplio sensu* el principio de buena fe conlleva un actuar ético de

76. Caso Basf Argentina SA v. Capdevielle Kay y Cia SA, CSJN, 11/05/2004, Competencia No 1651, XXXIX, Lexis-Nexis on line, No. 35000740, citado en Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos* ...,p. 121, reconociendo que aunque intervino en la celebración, firmó los instrumentos que contiene la cláusula arbitral y ejecutó el contrato " [el convenio arbitral] claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discrepan en torno al resultado de la gestión del primero y la debida rendición de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores"

77. Francisco Orrego Vicuña, *La extensión*..., p. 376.

78. Un ejemplo de esto es la disposición del artículo 1(7) de los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales que establece "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber." Otro ejemplo que nos aporta el mismo instrumento es el referido en el artículo 4 (8) (c) al incluir al principio de buena fe y lealtad negocial como factores de la integración de un contrato. Otra referencia de suma importancia que realizan estos principios es al establecer que el principio de buena fe y lealtad negocial constituyen fuentes de las obligaciones implícitas a un contrato –artículo 5(1)(2)(c)-. De igual manera al regular el cumplimiento o incumplimiento de una determinada condición, su alegación se condiciona a una actuación de buena fe y lealtad negocial de las partes –artículos 5(3)(3), 5(3)(4)-.

los individuos que participan en la negociación, celebración, ejecución, terminación y liquidación de un negocio jurídico. En este sentido podemos asimilar al principio de buena fe con la ética negocial. La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sostenido al respecto:

> "La expresión "buena fe" (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el Derecho se desdobla en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente."[79]

Ahora como bien sabemos la buena fe puede encarnar dos dimensiones: una buena fe en sentido subjetivo y una buena fe en sentido objetivo. En materia negocial no se exige una buena fe en sentido subjetivo, pues esta se relaciona con las convicciones y el fuero interno de los sujetos, la buena fe que se requiere en materia negocial es la buena fe en sentido objetivo. Esta categoría de ética negocial implica una apreciación de la conducta de los sujetos desde la óptica de lo socialmente exigible[80]. Este tipo de conductas –sostiene MEDIAN ALCOZ[81]– deben apegarse a un estándar de coherencia exigible, que conlleva un juicio comparativo entre la conducta precedente y la conducta sucesiva con un resultado lógico de generación de una confianza razonable. Si el resultado de la aplicación del estándar de coherencia es otro, estamos entonces ante un quebrantamiento del deber de buena fe y lealtad negocial.

79. Sentencia de 23 de junio de 1958. G.J. T. LXXXVIII, pág. 233. En *Código Civil comentado*, Ed. Leyer, 15ª. edición, Bogotá 2006, pág. 1031. Citada en Citado por LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *Cuarto*...,p. 37.
80. LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *Cuarto*...,p. 37.
81. MARIA MEDINA ALCOZ, *Responsabilidad precontractual: estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Forum, 2006, p. 3.

Este principio de buena fe tiene variopintas aplicaciones dentro del derecho como son en la integración de los contratos, la responsabilidad precontractual y la culpa *in contraendo*, en la apreciación del cumplimiento de las obligaciones, la teoría de la imprevisión, la ineficacia de la alegación del dolo propio, la doctrina de los actos propios entre otros. Como es de suponerse este principio no es ajeno al desarrollo del arbitraje y, por ejemplo, se manifiesta con fuerza en los principios de inevitabilidad del arbitraje, presunción de eficacia, *in dubio pro arbitrii*, etcétera. Tratándose del tema que nos convoca el principio de buena fe resulta de suma importancia.

La inferencia del consentimiento de una parte no signataria con respecto del negocio principal y su correspondiente convenio arbitral halla su basamento claro en al menos dos aplicaciones del principio de buena fe y lealtad negocial como lo hemos delimitado, es decir aplicando el test general del estándar de coherencia. Por un lado la prohibición de contradecir los actos propios, pues desde que un sujeto ejecuta actos propios de una parte o interviene de manera que expresa su aceptación con el contenido del contrato y del convenio arbitral, optar por el disenso sería una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, lo que daría como resultado un defraudamiento de la confianza razonable; por otro lado, la interpretación de los contratos conforme a los dictados de la buena fe, es decir, auscultando la verdadera y real intensión de las partes de conformidad con lo que verosímilmente ellas entendieron, pudieron entender o debieron entender, obrando con cuidado y previsión de conformidad con el grado de diligencia debido que cada una estaba llamada a emplear, pues de esta interpretación podríamos abstraer la generación o no de un estándar de confianza razonable. De allí que, como dice CAIVANO,

> "cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al princi-

pio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones, y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos"[82].

Este planteamiento ha sido recogido por distintos tribunales arbitrales que frecuentemente han lidiado con esta problemática. En los casos CCI No. 7604 y 7610 los tribunales sostuvieron que es viable

> "[l]a extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en una forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato especialmente si lo reconoció expresamente"[83].

7. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: Aproximación a las aplicaciones concretas

Como podemos observar la (i) inferencia del consentimiento y (ii) la aplicación del principio de buena fe, han llevado a que los distintos tribunales arbitrales desarrollen un crisol de figuras que, cumpliendo con estos requisitos tan complejos, desembocan en la extensión de efectos jurídicos a partes no signatarias. De suma importancia han sido dos casos paradigmáticos que han generado un vademécum de posibilidades, nos referimos a los casos Dow Chemical v. Isover Saint Gobain[84] –que inauguró

82. Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos* ..., p. 143.
83. Laudos CCI No. 7604 y 7610, *Collection of ICC Awards*, 1996-2000, Ed. Kluwer Law International, pp. 510 y ss.
84. Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, Laudo interino de 23 de septiembre de 1982, *Collection of ICC*, 1974-1985, Kluwer Law International, pp. 151 y ss. Arbitros Berthold Goldman, Michael Verseur y Pieter Sanders.

la teoría del grupo de sociedades– y THOMSON - CSF S.A.C. V. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION[85] –donde se establecen cinco de las teorías más importantes en la materia, a saber: incorporación por referencia, asunción de obligaciones, relación de agencia, razgamiento del velo societario/Alter ego, estoppel–. Otro puntal importante ha sido la jurisprudencia marcada por las cortes francesas, la cuales han sido proclives a recibirlas de manera decisiva estas teorías, marcando un derrotero favorable dentro de las cortes nacionales.

Sin pretender agotar ni hacer un tratamiento exhaustivo de las distintas figuras que hemos anunciado, haremos un breve repaso de cada una de ellas.

7.1 El grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades parte, básicamente, de una consideración de orden económico muy importante. Estamos frente al caso en que una sociedad celebra uno o varios contratos con otra, incluyendo en éste un convenio arbitral. Una de ellas es parte integral de un grupo de compañías. La compañía contratante y sus hermanas –filiales, casa matriz, o subsidiaria– participan de manera determinante en la ejecución del contrato de manera tal que las partes signatarias del contrato reconocen la participación activa de éstas en la misma. La pregunta en este caso es, ¿puede una de las compañías no signatarias ser parte del proceso arbitral? La respuesta al amparo de la teoría del grupo de sociedades es afirmativa siempre y cuando estas hayan actuado como una misma realidad económica –como una sola parte frente a la otra– y que las partes hayan entendido que éstas eran parte activa del contrato. Al respecto SANTISTEVAN DE NORIEGA establece que esta doctrina

> "se ha sustentado en tres elementos: (i) el consentimiento al arbitraje derivado del conocimiento de la existencia del

85. THOMSON - CSF S.A.C. V. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, 64 f. 3d 773, 776, 2 cir. 1995.

convenio arbitral y de sus alcances; unido a (ii) la conducta decisiva que desarrollan los no signatarios en la vida contractual que justifica su participación en el arbitraje; y (iii) los dos elementos anteriores tomados conjuntamente que permiten identificar a tales no firmantes como partes no signatarias y no como terceros ajenos al contrato"[86].

Por ser el caso DOW CHEMICAL V. ISOVER SAINT GOBAIN el paradigmático al respecto, creemos pertinente citar la resolución del tribunal arbitral:

"la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo a la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron"[87]

7.2 Incorporación por referencia

Nos encontramos frente a la presencia de contratos coligados, uno que incluye un convenio arbitral, y otro que careciendo de acuerdo de arbitraje, hace referencia al contrato que si lo tiene. La condición para la aplicación de esta teoría es que la interdependencia de los contratos sea de tal manera que estos constituyan una unidad económica indisoluble.

86. SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión...*, p. 37.
87. En el mismo sentido Laudo CCI No. 5103 *Collection of ICC Awards*, 1996-2000, Ed. Kluwer Law International, pp. 361 y ss, "Se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad de grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellos, directa o indirectamente, sacaron provecho".

7.3 Asunción de obligaciones (Assumption)

Esta teoría básicamente se basa en que, siendo una parte no signataria de un negocio jurídico continente de un convenio arbitral, esta sume las obligaciones que devienen del mismo y procede a su ejecución. En este sentido, se debe entender que una parte que asume las obligaciones de un contrato consiente de suyo en el arbitraje contenido en el mismo, *contrario sensu* implicaría un defraudamiento a la buena fe y consecuente inevitabilidad del arbitraje.

7.4 Relación de agencia (Agency)

Cuando los signatarios y los no signatarios existe una relación de representación –inclusive mandato sin representación– de la cual se puede inferir que la participación de los signatarios vincula activamente a los no signatarios dentro del negocio, convirtiéndoles en los verdaderos titulares de los intereses que conforman el centro de la relación económica-jurídica subyacente al negocio jurídico.

7.5 Rasgamiento del velo societario o teoría del *alter ego*

A diferencia de la doctrina del grupo de sociedades, en el presente caso no se analiza el comportamiento de las compañías pertenecientes al grupo en función de inferir su consentimiento de conformidad con las actuaciones de ellas como una sola realidad económica. Mas bien nos encontramos ante el fenómeno en el cual una parte no signataria utiliza a un signatario como un simple vehículo para la relación mercantil. Normalmente, esta doctrina tiene aplicación en las relaciones compañía matriz-compañía subsidiaria, cuando una de ellas pretende escapar de los efectos del negocio jurídico subyacente a través de la comparecencia única de la otra.

Como podrá inferirse la casuística podría ser interminable, pero podemos ir delineando algunos requisitos que matizan la viabilidad de la procedencia de esta teoría. CAIVANO[88] establece algunos indicios que deben probarse para la aplicación de la teoría del *alter ego* los cuales son: (a) gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer o superposición de gerentes o directores, empleados, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; (d) cuando reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal; (e) confusión de patrimonios; (f) Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias como oficinas y números de teléfono comunes, no tener cuentas bancarias, ni papelería, no realizar transacciones ni tener actividad; (g) el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento; y, (h) cuando es una mera pantalla o un alter ego de la controlante.

7.6 Doctrina de los actos propios (Estoppel)

Este es el caso de aplicación del principio de buena fe más claro. Cuando un sujeto en virtud de su propia conducta en relación al negocio jurídico –conducta previa y sucesivas– genera en la otra parte una confianza razonable de considerarle parte del contrato, conlleva a que el no signatario está impedido de oponerse a su inclusión en el arbitraje. Caso contrario implicaría un defraudamiento del estándar de coherencia y correspondiente violación del principio de buena fe.

ALFREDO BULLARD grafica esta doctrina desde la siguiente perspectiva:

88. ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje y grupos* ..., pp. 133-134.

"Ello ocurre solo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior)"[89]

La jurisprudencia tampoco ha sido ajena a estos preceptos. En el caso JAGUAR la CORTE DE APELACIONES DE PARÍS sostuvo que

"[e]n el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que sus situaciones y sus actividades hacen presumir que éstas tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esta cláusula, con el fin de que el árbitro pueda ser competente respecto de todos los aspectos económicos y jurídicos del litigio"[90]

7.7 Cesión de derechos y obligaciones y de posición contractual (Assigment)

Esta doctrina no devela mayor misterio. Quien se incorpora a un contrato mediante cesión –sea de derechos y obligaciones o de posición contractual– se entiende consentir con el convenio arbitral aunque no haya sido signatario del mismo, salvo que del análisis del contrato de cesión se desprenda clara y expresamente que las partes querían desembarazarse de la obligación de arbitrar. Inclinarse por lo contrario sería minar el principio de inevitabilidad del arbitraje.

89. ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, *¿Y quiénes...*, p. 724 .
90. CASO JAGUAR, Corte de apelación de Paris, citado por MURINO MURCHAN p. 1289, en el mismo sentido los casos de la Corte de Apelación de Paris SOCIÉTÉ OFFR BROTHERS v. THE TOKIO MARINE AND FIRE INSURANCE CO., ELF AQUITANE v. GRUPO ORBI, Citados por ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje y grupos ...*, pp. 127, 127.

7.8 Promesa por un tercero y estipulación a favor de un tercero (Third party beneficiary)

Estamos presentes frente a la fenomenología en la cual una parte signataria de un negocio jurídico pretende derivar derechos o afincar obligaciones frente a un tercero que no ha sido signatario del negocio jurídico. Es claro que si no media consentimiento del no signatario con respecto de aceptar esas consecuencias jurídicas no se vería vinculado por las mismas. En el caso que se pueda inferir su consentimiento conforme al principio de buena fe, el tercero necesariamente tiene que verse vinculado a su vez con el convenio arbitral contenido en el negocio principal y puede ser involucrado en el procedimiento arbitral.

8. Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: práctica ecuatoriana

Lejos de ser una fenomenología ajena a nuestra realidad, el foro ecuatoriano se ha visto avocado a enfrentar estos dilemas sin apoyo de una jurisprudencia de las cortes nacionales, estudios en la materia y sobre todo con el gran inconveniente –a veces prácticamente imposible– que supone el acceso a precedentes arbitrales en nuestro sistema. En este ensayo pretendemos exponer algunos casos identificados que pueden ir guiándonos con respecto a esta materia.

En el caso 075-08 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM CCQ)[91] que versaba sobre un contrato de publicidad, el actor –la compañía de publicidad– demandó a la compañía contratante y además a la compañía madre del grupo pese a que ésta no era signataria del convenio arbitral. Los demandados eran dos compañías pertenecientes a un grupo económico que poseía varias

91. Caso 075-08 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación de 20 de marzo de 2009, Laudo final 21 de septiembre de 2009, Árbitro Único doctor Galo Galarza Paz.

empresas relacionadas. Para su declaratoria de competencia el tribunal analiza algunos hechos que, aduce el actor, confluyen en el hecho de que la compañía signataria era un *alter ego* de su matriz, la cual había venido actuando como verdadera parte reconociendo su vinculación contractual –doctrina de los actos propios–. Los hechos determinantes que consideró *a priori* el tribunal para sustentar su decisión fueron el que la compañía matriz poseía el 100% de las acciones de la compañía subsidiaria, que las facturas y pagos correspondientes se los establecía entre la matriz y la actora y no a través de la compañía signataria, que la subsidiaria se disolvió de oficio –dos años después de la firma del contrato– conforme resolución de la Superintendencia de Compañías, aunque la misma había sido inscrita en el Registro Mercantil, ni tampoco había entrado en proceso de liquidación conforme lo ordenado por el Órgano controlador, y por último el que la matriz ejerce las mismas actividades que la subsidiaria en otros locales de la ciudad. La resolución de competencia del tribunal arbitral fue la siguiente:

> Este Tribunal para resolver sobre su propia competencia, conforme lo dispone al Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, considera: **a)** La actora "COMPAÑÍA A S.A.", por medio de su Gerente y Representante Legal señor "X" deduce su demanda en contra de dos personas jurídicas distintas "COMPAÑÍA B S.A." y "COMPAÑÍA C S.A.", esto es, en la relación jurídico procesal planteada hay pluralidad de sujetos pasivos, a quienes la actora exige juntamente, en forma expresa y simultánea, el pago de la totalidad de prestaciones específicas, que al decir de esta son obligaciones solidarias que las compañías demandadas le están adeudando. La solidaridad la fundamenta en lo previsto en el Art. 17 de la Ley de Compañías, según se establece en la demanda; **b)** Es incuestionable que la compañía demandada COMPAÑÍA B S.A. en la cláusula compromisoria ha sometido al Tribunal Arbitral la dirimencia de las controversias emanadas de la ejecución del Contrato en que se apoya la demanda. Es también verdad que, ni de la cláusula compromisoria ni de ningún otro documento aparece que la otra demandada compañía COMPAÑÍA C S.A. se haya sometido a la jurisdicción arbi-

tral de la Cámara de Comercio de Quito. Desde este punto de vista, se tendría que la competencia para conocer las pretensiones de COMPAÑÍA B S.A. pertenece al Tribunal Arbitral y la competencia para conocer las pretensiones en contra de COMPAÑÍA C S.A. pertenece al Juez de lo Civil. Pero dada la solidaridad, conexión y complementariedad que en la demanda se formula la reclamación en contra de COMPAÑÍA B S.A. y COMPAÑÍA C S.A. no pueden haber dos procesos ni órganos jurisdiccionales distintos para conocer el caso. Tiene que ser uno mismo. El problema se presenta en dilucidar: ¿A cuál de los dos órganos jurisdiccionales le toca conocer la controversia? No al juez ordinario, por el efecto negativo establecido expresamente en el primer apartado del Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice: *"El convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria ..."*. Eliminado, por el efecto jurídico mencionado, el Juez de lo Civil, le toca al órgano Arbitral asumir dicha competencia. La resolución sobre la competencia por cierto se limita a los asuntos concernientes a la relación jurídico procesal. No significa, bajo ningún aspecto, aceptación o no de la existencia de relaciones jurídicas sustanciales o materiales entre la actora y cada una de las compañías demandadas[92]. Este es un asunto de fondo que se resolverá en el laudo arbitral de acuerdo con las normas jurídicas y los méritos procesales, particularmente del análisis y valoración de los medios de prueba que se aporten al proceso".

Dentro de su laudo el tribunal también hizo precisiones con respecto a la doctrina del levantamiento del velo societario. El árbitro sostuvo:

"Para el levantamiento del velo de una sociedad anónima, como en el caso subjudice que nos ocupa, deben cumplirse copulativamente los siguientes presupuestos: 1. Que se haya

92. Es importante resaltar este razonamiento del tribunal arbitral, pues indica que la declaración de competencia incluyendo a la parte no signataria, no implica la aceptación de la responsabilidad de ésta en el incumplimiento demandado –cuestión de fondo– sino simplemente el que existen hechos suficientes que al tribunal le generan la convicción de ser competente para conocer el proceso arbitral en contra de los demandados –cuestión de competencia y jurisdicción–.

constituida una sociedad anónima, observando todos los requisitos puntuales exigidas para el efecto por la Ley de Compañías, hasta su inscripción en el Registro Mercantil; 2. Que esa creación haya sido con la finalidad de utilizar a la compañía anónima en actividades dolosas o, en otros términos, que el dolo producido sea consecuencia directa de la presencia de la compañía anónima como agente facilitador del mismo; y, 3. Que uno o más de los socios o accionistas de la compañía sea el agente ejecutor y beneficiario del dolo."

Y agregó:

"Según la doctrina, con la que concuerda este Tribunal, para la configuración del dolo se requiere lo siguiente: a) Que haya existido una conducta de los agentes dirigida a engañar a quien resulta víctima del mismo, consistente en astucias, artificios, maquinaciones (*animus dicendi*); obviamente no habrá engaño si la supuesta víctima colabora o hubiese conocido esa conducta de los agentes...b) Que haya un efectivo daño o perjuicio pecuniario. El daño o perjuicio es elemento primordial del acto doloso. Si faltare este sería inoficioso exigir los otros elementos que configuran el dolo. Si no se produce daño no se genera responsabilidad civil alguna."

Como se apercibe el árbitro establece un estándar de prueba extremadamente alto para establecer el levantamiento del velo societario, pues como sostuvo en su laudo "la generalización o aplicación indebida del levantamiento del velo societario conllevaría graves consecuencias negativas, como las de inseguridad jurídica, la deformación de la institución de la sociedad anónima y un medio eficaz para ahuyentar a los interesados en aportar, como accionistas, sus capitales para esa clase de sociedades. A más de abrir la puerta para que todo acreedor que considere que no puede satisfacer su acreencia con el patrimonio social de una compañía acuda al levantamiento del velo societario para exigir que el pago de sus pretensiones se haga con el patrimonio de alguno de los accionistas solventes". El tribunal al final en el laudo, y luego de practicada la prueba, decidió desechar las pre-

tensiones de la demanda por que en el transcurso del arbitraje se aportaron medios probatorios que fueron desvirtuando los indicios que el tribunal estimó en su momento oportunos para declararse competente.

En otro caso tramitado ante el CAM CCQ[93] la COMPAÑÍA E presentó una demanda en contra de un grupo de demandados, estos al contestar la demanda reconvienen tanto a la COMPAÑÍA E como a su representante legal por sus propios y personales derechos. Éste al contestar la reconvención no planteó excepción de incompetencia del tribunal arbitral ni tampoco inexistencia del convenio arbitral. El tribunal arbitral al declararse competente sostuvo:

> "Sin embargo en el contrato referido no es parte el "SEÑOR X", por lo cual, este convenio arbitral no le obligaría, por no haberlo suscrito.- Empero el mencionado "SEÑOR X", al ser reconvenido personalmente por los demandados [nombres de todos los demandados], contesta, por medio de su abogado, Dr. "Y", a título personal, sin oponer la excepción expresa de incompetencia del Tribunal Arbitral o la ausencia de cláusula compromisoria a dar ninguna otra indicación acerca de su renuencia a que la reconvención planteada en su contra sea decidida por arbitraje, lo que determina que existe voluntad expresa tanto de los demandados que reconvienen como de quien replica la reconvención, SEÑOR X, de someter la controversia a arbitraje, en los términos del Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación"[94]

En otro procedimiento arbitral[95] seguido en el CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE AMCHAM QUITO (CAM AMCHAM)

93. CASO 026-05 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación de 21 de octubre de 2005, Laudo de 21 de agosto de 2006, Laudo ampliatorio de 4 de septiembre de 2006, Árbitro Único, doctor Alejandro Ponce Martínez.

94. En contrario ARMANDO SERRANO PUIG, *La autonomía ...*, p. 558, que al referirse al consentimiento tácito en arbitraje sostiene "es aquel que se produce en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra, sistema del que nuestra ley se apartó."

95. CASO 01-11 CAM AMCHAM, Acta de Audiencia de Sustanciación final de 10 de enero de 2012, Tribunal Arbitral, doctores Alejandro Ponce Martínez –presidente- Luis Parraguez Ruiz, Juan Carlos Solines Moreno.

la COMPAÑÍA F demandó a los SEÑORES "Y" Y "Z", pese a que "Z" no era parte signataria del convenio arbitral. El contrato había sido firmado por "Y" a nombre y en representación de una presunta sociedad de hecho. Al contestar la demanda se opuso la excepción de incompetencia del tribunal arbitral con respecto de "Z" por no haber sido signatario del convenio arbitral. Previo a su competencia el tribunal arbitral celebró algunas audiencias con el fin de que las partes alegasen sobre la competencia respectiva del tribunal. Como resultado de este ejercicio el tribunal estimó que encuentra indicios suficientes que, de manera *a priori*, le llevan a generar una convicción suficiente para considerar que "Z" había realizado actos ratificatorios que al parecer le vinculan de manera decisiva como parte del negocio jurídico origen del procedimiento arbitral. En este caso nuevamente el tribunal salvó esta decisión estableciendo que es una decisión sobre competencia aclarando que no implica su vinculación y responsabilidad final sobre las alegaciones imputadas en la demanda, pues esto es de decisión del laudo final.

9. EL CONVENIO ARBITRAL Y LOS VERDADEROS TERCEROS

Como podrán apreciar a lo largo del presente trabajo, la extensión de los efectos a partes no signatarias es un escenario de tal compleja configuración y difícil planteamiento que realmente constituye un caso de excepciones casi previsto para laboratorio. En este sentido hay que tener mucho cuidado porque más de una vez una parte puede verse tentada a intentar incoar un arbitraje contra un tercero bastante cercano al negocio pero que no ha sido parte en el sentido en el cual definimos en este trabajo. Muchas veces este instinto casi irresistible, aupado por estar frente a un tercero que tiene intereses –sea por beneficio o perjuicio– en los resultados del arbitraje, y que de haber sido un proceso ordinario hubiese contado con los mecanismos adecuados para hacer valer sus derechos, nos lleva a equivocadas conclusiones y a forzar los presupuestos aquí enunciados[96].

Como sostiene BULLARD esta teoría se *"aleja por lo tanto de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral como si se tratara de la jurisdicción ordinaria"*[97], y continúa, *"por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismos como los usados en los códigos procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia"*[98]. En sentido contrario la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA admitió que las partes al suscribir un convenio arbitral habían habilitado al tribunal arbitral para que resolviera ese conflicto específico por lo que era admisible la intervención de terceros en el proceso que tuvieran interés y legitimidad para participar en el arbitraje[99].

En el caso de nulidad HIDROTOAPI EP V. CONSTRUCTURA NORBERTO ODEBRECHT SA[100] la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha, al resolver sobre la participación en el proceso de nulidad de una parte del arbitraje que no presentó la acción resolvió[101] "la tercería de cualquier clase que sea, pude ser propuesta solo(sic) en juicios ordinarios o en juicios ejecutivos, ya que al ser un incidente, como así ha sido calificada normativamente la tercería, no es compatible con la esencia del procedimiento arbitral ni con la acción que nos ocupa". Si bien el fundamento por el cual resuelve excluir a la parte de la acción no es el que hemos planteado, nos sirve para aclarar el panorama con

96. Al respecto y como hemos venido planteando durante todo el ensayo, JOSÉ MERINO MERCHÁN Y JOSÉ CHILLÓN MEDINA -JOSÉ MERINO MERCHÁN Y JOSÉ CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, Ed. Civitas, Navarra, 2006, p. 1288- establece que "el principio res inter alios acta brilla aquí en todo su esplendor. En consecuencia, no puede plantearse un proceso arbitral respecto de quienes no han sido parte en la convención de arbitraje"
97. ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, *¿Y quiénes…*, p. 712.
98. *Ibidem*, p. 716.
99. Citado por SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión…* p.34. En sentido contrario podemos encontrar el caso DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGOTÁ V. ESTRUCO LTDA. -Laudo de 15 de agosto de 1964 Citado por SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión…* p.33- donde la pretensión por parte de la referida sociedad de vincular a una compañía aseguradora fue rechazada por entenderse que era un ente ajeno al contrato constituyendo un tercero arbitral que no estaba legitimado para una intervención litisconsorcial o de coadyuvancia.
100. Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Quito, 29 de marzo de 2011, Dra. Isabel Ulloa Villavicencio, Presidenta.
101. En el presente caso la acción de nulidad fue presentada por la Procuraduría General del Estado y no por Hidrotoapi EP. En el transcurso del caso Hidrotoapi EP pretendió ser considerado como tercero interesado de la acción de nulidad, siendo rechazado por la Presidenta de la Corte.

respecto a la admisibilidad de las tercerías en un proceso arbitral o no.

10. Acción de nulidad y extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros

Como sabemos la acción de nulidad de los laudos arbitrales en nuestro sistema constituye un mecanismo extraordinario de impugnación de los actos procesales. Como característica fundamental de esta acción podemos decir que se concibe como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral[102], por lo tanto no constituye un mecanismo de alzada o de apelación del fondo del laudo arbitral que permita a las cortes la reconsideración de las decisiones de los árbitros[103]. La segunda característica que configura esta acción es el de ser *numerus clausualus*[104], es decir que es una acción constreñida única y exclusivamente a las causales mencionadas por el artículo 31 de la LAM, de lo cual se desprende que no se puede entablar una acción de nulidad contra un laudo por una causal distinta. Estas causales son:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

102. Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 30 de junio de 2010; Empresa Pública Hidrotoapi E.P. vs. Construtora Norberto Odebrecht, 20 de marzo de 2011; Primax Comercial del Ecuador S.A. vs. Lafarge Cementos S.A., 26 de abril de 2011.
103. Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., Corte Suprema de Justicia. Decisión No. 242-2007, 11 de julio de 2007, R.O. Suplemento 542, 6 de marzo 2009.
104. Taminternacional Cia. Ltda. vs. Fernando Albornoz, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 31 de marzo de 2010; Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011.

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Como puede observarse, de las causales enunciadas, no se desprende que bajo alguna de ellas sea posible cobijar una acción de nulidad en virtud de que los árbitros de manera motivada consideren a un sujeto como parte no signataria dentro del proceso arbitral, y decidan efectivamente extenderle sus efectos sea como actor o demandado. Esto sucede básicamente porque nuestra legislación es muy proclive a blindar la decisión de competencia de los árbitros, dejando que ellos sean los únicos competentes para determinar su propia competencia en lo que se conoce como el principio *kompetenz – kompetenz*.

11. A manera de conclusión

Como se ha podido observar durante el desarrollo del presente trabajo, las complicaciones que el arbitraje debe enfrentar en la actualidad con respecto a la complejidad del mundo comercial actual, son varias y de más frecuentes. Lejos de ser realidades ajenas al foro ecuatoriano –no se puede pretender que seamos una isla–, son casos que con inusitada repetición tienen que enfrentar tanto abogados como árbitros nacionales. La fenomenología atrás de estos casos es muy rica, sin embargo, como ha sido el objetivo del presente trabajo, podemos abstraer un germen base para la construcción de una doctrina general en la materia. Podemos decir entonces que es factible que un tribunal arbitral extienda los efectos de un convenio arbitral a una parte

no signataria cuando (i) se pueda inferir de manera inequívoca el consentimiento de la parte no signataria con respecto del negocio jurídico; y que, (ii) si el no extender los efectos del convenio arbitral a la parte no signataria de como resultado una vulneración al principio de buena fe. Sin embargo, cabe ser enfático en que esta teoría es de aplicación excepcional y requiere, necesariamente, de un estándar extremadamente elevado de prueba, por lo que su configuración debe envolver una complejidad tal, que garantice que ningún tercero verdadero sea inmiscuido en un proceso arbitral con el cual no tiene ningún vínculo jurídico económico real.

¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?

Juan Francisco Guerrero del Pozo[1]

Sumario

1. Las medidas cautelares constitucionales en el régimen jurídico ecuatoriano. **2.** El caso Wesco Vs. Banco de Guayaquil. **3.** ¿Caben medidas cautelares constitucionales para suspender un proceso arbitral? **4.** Corolario.

1. Las medidas cautelares constitucionales en el régimen jurídico ecuatoriano

Es importante empezar por realizar algunas consideraciones respecto de las medidas cautelares constitucionales. Es común escuchar que la acción de amparo constitucional vigente hasta la promulgación de la actual Constitución fue reemplazada por la acción de protección. Sin embargo, aquello no es preciso, puesto que la acción de amparo constitucional, al menos en su faceta cautelar, fue sustituida por la acción de medidas cautelares constitucionales que constituyen un mecanismo transitorio para evitar la violación o cesar la violación de un derecho constitucional.

1. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

De conformidad con lo que establece el artículo 87 de la Constitución y artículo 26 y siguientes de la L. Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), para que proceda una medida cautelar es indispensable que concurran los siguientes elementos.

a) Que exista la amenaza inminente de violación de un derecho constitucional o una violación continua de un derecho constitucional, de tal manera que con la medida cautelar se puede evitar la violación o hacer cesar la violación del derecho. Si la violación al derecho ya se ha consumado y ha agotado, la medida cautelar no es procedente y la reparación del daño causado debería perseguirse a través de una acción de protección u otra garantía jurisdiccional dependiendo del derecho vulnerado.

b) Que el daño que se cause sea grave, gravedad que se determina en función de la intensidad o frecuencia de la amenaza o violación del derecho. La L. Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a mi modo de ver restrictivamente y por ende inconstitucionalmente[2], ha agregado el hecho de que ese daño debe ser irreversible[3].

En cuanto a las características de las medidas cautelares, siguiendo a ROBERTO VILLARREAL[4], debemos mencionar tres características básicas: la instrumentalidad, la provisionalidad y la revocabilidad.

En cuanto a la instrumentalidad, es decir, el que no constituyan un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a una

2. El artículo 11 numeral 4 de la Constitución establece que "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".
3. Sin lugar a dudas que resulta cuestionable el que en la LOGJCC se hable de que para que proceda una medida cautelar frente a la amenaza inminente y grave de violar un derecho, la gravedad esté supeditada a que el daño causado sea irreversible, ya que la mera violación de un derecho constitucional reviste una alta gravedad que merece ser evitada y por ende el pretender que el daño sea además irreversible constituye una condición inconstitucional e improcedente.
4. VILLARREAL, Roberto. *Medidas Cautelares*. Quito: Cevallos Editora Jurídica , 2010, p. 358.

resolución definitiva. Cabe señalar que si bien la Constitución y la LOGJCC establecen que las medidas cautelares pueden presentarse conjunta o independientemente de las otras garantías jurisdiccionales, aquello no implica que las medidas cautelares constitucionales dejen de estar subordinadas a una acción principal, aunque esta no necesariamente debe ser constitucional[5]. Lo dicho se evidencia claramente en el artículo 28 de la LOGJCC que establece que la resolución del juez respecto de las medidas solicitadas no implicará un prejuzgamiento sobre la declaración de violación de un derecho, lo cual implica que existe una cuestión de fondo que debe ventilarse y respecto de la cual las medidas cautelares solicitadas no serán vinculantes o determinantes.

En cuanto a la provisionalidad, es necesario señalar que como toda medida cautelar, las medidas cautelares constitucionales no pueden ser indefinidas, sino que conforme lo establece el artículo 33 de la LOGJCC, debe establecerse las circunstancias de tiempo en que deben cumplirse, lo que se traduce en que cuando se adopta una medida de esta naturaleza, el juez debe determinar con absoluta precisión cuál es el límite temporal de la medida. Esta característica puede clarificarse con un caso hipotético: si cualquier autoridad emite un acto administrativo, que por la presunción de legitimidad y ejecutoriedad está llamado a ejecutarse inmediatamente a pesar de que pueda ser cuestionado a través de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa[6], si yo considero que vulnera derechos constitucionales puedo solicitar la suspensión de su ejecución a través de una medida cautelar constitucional, pero esta suspensión no la puedo solicitar, y sobre todo la juez o el juez no la puede conceder de forma indefinida, sino que debe estar sujeta a la resolución que sobre la cuestión de fondo debe emitir el Tribunal Contencioso Administrativo. De

5. Por ejemplo podría dictarse una medida cautelar constitucional que suspenda la ejecución de un acto administrativo mientras se sustancia la vía contencioso administrativa.
6. El inciso primero del artículo 76 de la L. de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que: "Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo."

esta manera se respetarán las características de provisionalidad e instrumentalidad de las medidas cautelares constitucionales.

La característica de revocabilidad implica que las medidas cautelares constitucionales pueden ser revocadas en cualquier momento cuando se demuestre que ya se ha evitado o cesado la violación del derecho, hayan cesado los requisitos establecidos en la Constitución y la ley o se demuestre que carecían de fundamento[7]. En todo caso, las decisiones que se adopten a partir de la concesión de una medida cautelar constitucional no generarán efectos de cosa juzgada y la posibilidad de solicitar su revocatoria no caducará ni prescribirá, por lo que podrá solicitarse en cualquier momento e inclusive en más de una ocasión, siempre que la medida ya se haya ejecutado.

Por otra parte, es necesario tener presente que el inciso tercero del artículo 27 de la LOGJCC establece que no procederán las medidas cautelares cuando:

a) Existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias;
b) Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales; y,
c) Cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección[8].

2. El caso Wesco Vs. Banco de Guayaquil

En el caso concreto del arbitraje, en el Ecuador existe un caso que ha generado debate y preocupación respecto de la aplicabi-

7. Cfr. artículo 35 de la L. Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
8. No se alcanza a entender el por qué el legislador incorporó la improcedencia de las medidas cautelares constitucionales cuando se trata de una acción extraordinaria de protección, ya que a más de implicar una restricción inconstitucional de una garantía jurisdiccional, acarrea en la práctica serios inconvenientes, ya que impide que la Corte Constitucional, al conocer una demanda de acción extraordinaria de protección pueda suspender la ejecución de la decisión cuestionada, lo que se traduce en que en caso de que determine, luego del procedimiento correspondiente, que efectivamente la decisión jurisdiccional violenta derechos fundamentales, se dificulte y en ciertos casos incluso se imposibilite la reparación integral del daño causado en los términos del artículo 86 numeral 3 de la Constitución.

lidad de las medidas constitucionales. Por cuanto todas las piezas procesales a las que me referiré se encuentran incorporadas a procesos públicos de libre acceso en la función judicial, me permitiré inclusive hacer referencia a las partes involucradas.

La compañía Pinturas Wesco C.A. presentó una demanda en contra del Banco de Guayaquil S.A. ante un Juez de lo Civil de Pichincha alegando que la institución financiera le había infringido daños y perjuicios que debían ser reparados a través de la indemnización correspondiente. Luego de más de tres años de litigio[9], el Juez de lo Civil de Pichincha a quien le correspondió el conocimiento de la causa, aceptó la alegación de incompetencia formulada por el Banco de Guayaquil, declaró la nulidad de todo lo actuado por considerar que existía entre las partes un convenio arbitral, y de conformidad con el artículo 129 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, ordenó que el proceso sea remitido al "Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito".

Una vez que el juzgado envió el proceso formado al Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ, el Presidente del Centro emitió una providencia en la cual requirió a Pinturas Wesco la presentación de la demanda en los términos del artículo 10 de la LAM a fin de darle el trámite correspondiente. Efectivamente Pinturas Wesco presentó la demanda arbitral, la cual fue calificada y posteriormente citada al Banco de Guayaquil, quien dentro del término concedido, dio contestación a la demanda[10]. Siguiendo el trámite correspondiente[11], el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación, convocó a la correspondiente audiencia de mediación a fin de que las partes procuren llegar a un acuerdo respecto de sus diferencias.

9. Es sorprendente el que el proceso se haya sustanciado durante más de tres años, cuando de haberse alegado la existencia de convenio arbitral por parte del demandado, lo procedente era sustanciar el incidente de conformidad con lo que establece el artículo 8 de la LAM.
10. Cfr. artículo 11 LAM.
11. Cfr. artículo 15 LAM.

Frente a la providencia en la que se convocaba a la audiencia de mediación, el Banco de Guayaquil acudió ante un juez de instancia de la provincia del Guayas y propuso una petición de medidas cautelares en contra de dicha providencia y solicitó la suspensión del proceso arbitral iniciado, alegando que se encontraban en peligro los siguientes derechos constitucionales del Banco:

- El derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.
- El derecho a ser demandado en el lugar del domicilio (la Constitución no contempla este Derecho, sino el derecho a ser juzgado por un juez competente, imparcial e independiente[12])
- El derecho a la libertad de contratación, alegando que el Banco de Guayaquil no ha contratado los servicios del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ.
- El derecho al honor y buen nombre del Banco de Guayaquil.

Frente a dicho pedido, el juez de instancia de la provincia del Guayas, resolvió conceder la medida cautelar solicitada, sustentada en que "existe una amenaza o violación de los derechos constitucionales del accionante, esto es, del Banco de Guayaquil, al obligárselo a comparecer y defenderse en el juicio arbitral No. 75-2010 sin existir cláusula arbitral expresa que prevea dicho proceso arbitral". Es importante reparar en que el juez ordenó la suspensión del proceso arbitral:

a) Sin determinar si se encontraba frente a un caso de amenaza de violación o violación de un derecho constitucional;
b) Sin establecer cuáles eran los derechos cuya violación era inminente o cuya violación era continua y por ende debía cesar;

12. Cfr. artículo 76, numeral 7, literal k) de la Constitución.

c) Pronunciándose anticipadamente sobre la incompetencia del Tribunal Arbitral desconociendo lo expresamente establecido en el artículo 22 de la LAM en cuanto a que es el Tribunal Arbitral quien resolverá sobre su propia competencia (*KOMPETENZ SUR KOMPETENZ*);
d) Sin respetar la *provisionalidad* de la medida cautelar, es decir, la ordenó de forma indefinida; y,
e) Sin respetar la *instrumentalidad* de la medida, al no establecer a qué pronunciamiento de fondo estará subordinada.

Ante la medida cautelar dictada, el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ, solicitó su revocatoria, alegando primordialmente que el Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ había actuado en estricto apego a la providencia del juez de lo civil de Pichincha que se encontraba ejecutoriada y que por ende no cabían medidas cautelares en contra de dicha decisión, por cuanto el artículo 27 de la LOGJCC establece que no caben medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales. Frente a dicho pedido de revocatoria, el juez de instancia de la provincia del Guayas se limitó a señalar que por no tener constancia física de la existencia de un convenio arbitral, desechaba el pedido de revocatoria y mantuvo la medida vigente.

3. ¿Caben medidas cautelares para suspender un proceso arbitral?

A partir del caso relatado se generan algunas cuestiones respecto de la procedencia o no de las medidas cautelares para suspender un proceso arbitral, las cuales merecen un análisis minucioso:

1. Las medidas cautelares ordenadas no cumplían con la característica de *provisionalidad* e *instrumentalidad*, puesto que la suspensión ordenada era indefinida y no estaba

subordinada a ningún pronunciamiento de fondo, lo cual de por sí implicaba la desnaturalización de la medida. La indefinición temporal de la medida acarrea además una violación de los derechos constitucionales del accionante, ya que si la justicia ordinaria había remitido la causa a un centro arbitral y la sustanciación del arbitraje hubiera es suspendida indefinidamente, nos encontramos frente a un caso de denegación de justicia y por ende de violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, en el supuesto que Pinturas Wesco decidiera iniciar un proceso en la ciudad de Guayaquil, ¿no podría acaso alegarse la excepción de Litis Pendencia por parte del Banco de Guayaquil, ya que la suspensión del proceso no implica su terminación?

2. Según la forma de funcionamiento del Tribunal, el arbitraje puede ser independiente (ad-hoc) o administrado (institucional), siendo el primero aquel en el que *"no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado. Son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje"*[13], mientras que el administrado (institucional) es aquel en que *"una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta sus servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia"*[14].

   En nuestro país, ambas modalidades de arbitraje se encuentran reconocidas expresamente en el artículo 2 de la LAM.

   No existe en la actualidad duda de que los procedimientos arbitrales son procedimientos jurisdiccionales incluso constitucionalmente reconocidos[15], lo cual a su vez se

13. VILLAREAL, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 70.
14. Ibid, p. 67.
15. Cfr. artículo 190 de la Constitución

traduce en que las actuaciones que el árbitro o árbitros realizan dentro del procedimiento, son actuaciones de índole jurisdiccional y por ende, al amparo de lo que establece el artículo 27 de la LOGJCC no procede dictar medidas cautelares en su contra. Sin embargo, la duda surge en el arbitraje administrado (institucional) respecto de lo que en la doctrina se denomina etapa o trámite prearbitral que va desde la presentación de la demanda arbitral, hasta que el Director del Centro de Arbitraje pone a disposición de los árbitros el expediente formado cuando procede a posesionar al Tribunal. Precisamente en el caso anotado, es un acto dictado dentro de la etapa prearbitral el que es objeto de la medida cautelar constitucional.

Si bien es interesante la alegación del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ en cuanto a que las providencias cuestionadas han sido dictadas en ejecución de una decisión judicial y que por ende no cabe la interposición de medidas cautelares en contra de la ejecución de decisiones judiciales, esta posición implícitamente deja abierta la posibilidad de que cuando no exista una decisión judicial previa que declare que un determinado conflicto debe resolverse por la vía arbitral, sí cabría medidas cautelares constitucionales, lo cual sin lugar a dudas resulta bastante cuestionable y debilita al arbitraje en el país.

Corresponde entonces, analizar cuál es la naturaleza de los actos del Director de un Centro de Arbitraje, claro está, cuando hablamos de un arbitraje institucional o administrado como lo denomina nuestra ley.

Al respecto debemos tener presente cuáles son las atribuciones que de conformidad con la LAM le corresponden al Director del Centro de Arbitraje:

- Recibir la demanda (artículo 10)
- Calificar la demanda y disponer la citación al demandado (artículo 11)
- Recibir la contestación a la demanda (artículo 11)
- Calificar la reconvención y correr traslado al actor para que la conteste (artículo 12)
- Correr traslado a las partes para que contesten la modificación de la demanda, su contestación, la reconvención o la contestación a esta última (artículo 13)
- Convocar a las partes a audiencia de mediación y designar mediador (artículo 15)
- Convocar a los árbitros designados para que tomen posesión de sus cargos ante el Presidente del Centro de Arbitraje (artículo 17)
- Resolver sobre la recusación de un árbitro cuando los no recusados del tribunal no se pusieren de acuerdo sobre la recusación planteada (artículo 21 literal a)
- En caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, resolver sobre ella (artículo 21 literal b)

Existe una posición doctrinaria que considera que el Director del Centro ejerce funciones administrativas, de auxilio, apoyo o simplemente preparatorias o introductorias para la etapa arbitral.

Otra posición sostiene que las actuaciones y funciones del Director del Centro de arbitraje son jurisdiccionales.

Ahora bien, respecto al tema que nos ocupa en este momento, esta discusión resulta especialmente relevante, puesto que si aceptamos el carácter jurisdiccional de las actuaciones del Director del Centro, aquello nos llevará a concluir que no es posible suspender un proceso arbitral a través de medidas cautelares constitucionales y tampoco serán susceptibles de ser cuestionadas sus actuaciones a través de una acción de protección. Si por

el contrario, consideramos que las actuaciones del Director del Centro no son jurisdiccionales, abriríamos la puerta para que, al menos en principio, sean cuestionables a través de garantías jurisdiccionales, claro está, si se reúnen los demás requisitos que han quedado enunciados, esto es, que se amenace de forma inminente con violar un derecho constitucional.

Un primer argumento a favor de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son de índole jurisdiccional, radica en que en los arbitrajes independientes esas mismas atribuciones son ejercidas por él o los árbitros, sin que exista discusión alguna en cuanto a que dichas actuaciones se las realiza en ejercicio de facultades de índole jurisdiccional, razón por la cual no se comprendería el por qué la naturaleza de esos mismos actos mutaría cuando se trate de un arbitraje administrado.

Un segundo argumento que debe considerarse a favor de la tesis de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales, es que al tratarse de procesos ordinarios, son actuaciones que le corresponden al juez y que inclusive se encuentran expresamente reguladas en nuestro Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo, la calificación de la demanda, la convocatoria a una diligencia conciliatoria, la citación con la demanda, y ni qué decir del pronunciamiento respecto a una recusación.

Sobre este tema resulta pertinente lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-1038 expedida el 28 de noviembre de 2002, en la cual al respecto concluyó que: "Conforme a lo anterior, la Corte Concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de

naturaleza arbitral, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales."

Todas estas razones le son plenamente aplicables a la denominada fase "prearbitral" en el Ecuador, razón por la cual puede afirmarse que las actuaciones del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales. No obstante lo indicado, debe anotarse que en ese mismo fallo, a partir de la determinación del carácter jurisdiccional de las actuaciones en la fase "prearbitral", la Corte Constitucional Colombiana declaró la inconstitucionalidad de las normas que atribuían tales competencias al Director del Centro de Arbitraje y determinó que todas esas competencias deben ejercerse por parte del tribunal arbitral después de su instalación.

Al respecto, es necesario tener presente que el inciso final del artículo 116 de la Constitución Colombiana dispone que: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Esta norma, según el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, en virtud del principio de habilitación, le inhabilita al legislador a atribuir funciones jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje y a su Director, por lo que declaró la inconstitucionalidad parcial de la norma que atribuía estas funciones al Director de los Centros de Arbitraje.

En el Ecuador el artículo 190 de la Constitución es bastante más general y establece: "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con suje-

ción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir (...)"

Por lo tanto, no sería aplicable el principio de habilitación, puesto que el margen que el constituyente le otorgó al legislador ecuatoriano es mucho más amplio que el que se le otorgó al colombiano, por lo que en el Ecuador no habría, al menos desde el punto de vista constitucional, incompatibilidad para que el Director del Centro de Arbitraje ejerza actos jurisdiccionales, sin perjuicio de que en una eventual reforma a la LAM se analice la posibilidad de que todas estas actuaciones sean ejercidas directamente por el árbitro o tribunal arbitral una vez que se haya posesionado.

4. Corolario

En el Ecuador no debería ser posible a través de medidas cautelares constitucionales, suspender la sustanciación de un procedimiento arbitral, ya que a más de generar una violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, las actuaciones arbitrales son de naturaleza jurisdiccional que por disposición expresa de la ley no están sujetas a dichas medidas. Sin embargo, debe reflexionarse respecto a las atribuciones que la LAM les otorga a los Directores de los Centros de Arbitraje en los arbitrajes administrados, ya que al tratarse de atribuciones jurisdiccionales, estas deberían ser ejercidas directamente por los tribunales arbitrales, claro está, con la necesaria asistencia y auxilio de los Centros de Arbitraje.

Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Solución de Controversias de los Contratos de Prestación de Servicios Petroleros en el Ecuador

Leonardo Sempértegui V.[1]

Sumario

1. Introducción. **2.** Acercamiento del arbitraje a la industria energética. **3.** Consolidación del arbitraje en la industria petrolera nacional. **4.** Solución de Controversias en el contrato petrolero 2010 – 2011. **5.** Cláusula de Solución de Controversias en el nuevo modelo contractual. 5.1. Negociaciones Directas Obligatorias. **5.2.** Mediación Facultativa. **5.3.** Consultoría. **5.4.** Arbitraje. **5.5.** Sede judicial. **6.** Conclusiones.

1. Introducción

Con la entrada en vigencia de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, se desencadenó un proceso de modificación contractual para acoger el nuevo modelo de relación Estado – Operador que dicha reforma instituyó. Ese fue el momento adecuado para introducir también otras reformas a la relación entre las partes, específicamente en lo relativo a la solución de contro-

1. Leonardo Sempértegui es abogado ecuatoriano, con su título profesional de Abogado obtenido en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Maestría en Derecho por *University of Texas at Austin*. Socio del Estudio Jurídico Sempértegui Ontaneda Abogados. Profesor universitario. Abogado especializado en temas relacionados con Derecho Administrativo, Derecho Petrolero y Derecho de la Competencia. Becario Fulbright. Agradezco a Julián Pástor por su importante aporte en la investigación para esta monografía y la gentil colaboración del Registro de Hidrocarburos para la revisión de los contratos incluidos. Contactar al autor a LSV@sempertegui.com

versias, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República de 2008 así como de otras normas legales que entraron en vigencia en el proceso.

Este texto pretende hacer una revisión general de la naturaleza jurídica, estructura y potenciales alcances de la nueva cláusula de solución de controversias incorporada en los contratos modificatorios a contrato de prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos que el Estado Ecuatoriano, representado por la Secretaría de Hidrocarburos, suscribió con distintas personas jurídicas privadas entre noviembre de 2010 y enero de 2011.

Para entender el contexto de la solución de controversias actualmente vigente, se hace una revisión general a los distintos modelos empleados desde el inicio del desarrollo de la industria petrolera en el Ecuador, con el objetivo de buscar claves que permitan entender el desarrollo actual en la materia.

Finalmente se proponen algunas ideas de cómo podrían evolucionar los conflictos bajo el amparo de las figuras incluidas en los contratos vigentes, a la luz de la práctica en dichos procesos.

2. Acercamiento histórico de la industria energética al arbitraje

De manera general, una de las principales causales del fortalecimiento del arbitraje ha sido la carencia de confianza por parte de los ciudadanos hacia las cortes nacionales y el sistema judicial en general, ya sea debido al despacho de dictámenes con escaso análisis jurídico, sin atención a los méritos o ante fallos contradictorios. Es por eso que el "*... arbitraje se presenta como una de las más atractivas vías alternativas al proceso judicial*"[2] y esta

2. BELLÓN GÓMEZ, ILDEFONSO, Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense, Madrid 1941, p. 302.

situación ha generado que las empresas dedicadas a la industria energética desarrollen una apatía a la decisión de un tribunal estatal y opten por métodos alternativos. Esta industria es especialmente sensible ante organismos judiciales que no aseguren imparcialidad y calidad de sus fallos, y de hecho, se han vuelto los principales comparecientes en procesos arbitrales en contra de la República del Ecuador.[3]

Por lo dicho, el arbitraje en la industria energética se ha convertido en un elemento consustancial al proceso de negociación contractual y sus virtudes son reconocidas en el medio, tales como la celeridad, transparencia y confidencialidad,[4] que satisfacen la aspiración de justicia de los involucrados.

Según PÁRAMO FERNÁNDEZ,

> "...en tiempos recientes, la industria energética ha requerido someter sus disputas al arbitraje por dos razones principales:
>
> - La primera deriva del efecto de la globalización internacional, ya que el arbitraje es una práctica muy acudida en el mercado internacional.
> - La segunda es el grado de especialización y conocimiento de la industria que necesita tener el juzgador para resolver sobre una controversia en particular.
>
> Normalmente, las disputas contractuales derivadas de asuntos relacionados con la industria energética son de tal manera complejas que las partes han preferido confiar la resolución del conflicto a un panel de expertos..."[5]

3. De los trece casos que el Ecuador ha litigado o litiga actualmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones del Banco Mundial (ICSID por sus siglas en inglés), apenas dos de los procesos no tienen relación con la industria energética (IBM World Trade Corp. y Corporación Quiport S.A. y otros). Ver: www.icsid.wordlbank.org.
4. GAMBOA MORALES, NICOLÁS, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 35.
5. PÁRAMO FERNÁNDEZ, Marcelo, El Arbitraje como Mecanismo de Solución de Controversias en Materia de Energéticos, PUBLICACIONES CAM, Reporte No. 11, http://www.camex.com.mx/nl11-cont.htm

De la misma manera, como señalaron ILEANA BLANCO Y BRUCE GISIL en el Cuarto Congreso de Integración Energética del año 2007,

> "las ventajas que se perciben del arbitraje en la industria energética son:
>
> a) Método preferido para resolución alternativa de controversias para inversores extranjeros y agencias de garantías/seguros de inversiones internacionales,
> b) Confidencialidad de las actuaciones,
> c) Experiencia de los miembros del tribunal arbitral,
> d) Mejor imagen y legitimación de la comunidad internacional,
> e) Control contractual sobre el procedimiento y las actuaciones de los árbitros."[6]

Según XAVIER ANDRADE CADENA, existen ventajas del arbitraje frente a la justicia ordinaria, como son la

> "neutralidad del foro, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad y experiencia de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía, y ahorro de recursos para el Estado".[7]

Adicionalmente a lo dicho en los párrafos precedentes, el arbitraje beneficia a las partes con soluciones vinculantes expedidas en tiempo mucho menor al que emplearían las cortes nacionales de cualquier país, carentes de especialización en la materia.[8]

6. BLANCO Ileana y Bruce GISIL, Resolución de Conflictos en el escenario de la industria energética, 4to Congreso de Integración Energética 2007. http://www.bnamericas.com/eic/present/i_blanco.pdf
7. ANDRADE CADENA, Xavier, Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana, Revista de Derecho Comparado, Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 134.
8. Cabe hacer mención en este punto al caso iniciado por la compañía Chevron Texaco en contra del Estado Ecuatoriano, que recibió un fallo parcial del fondo de la controversia el 30 de marzo de 2010, en el que se estableció que el Estado violó la obligación contenida en el artículo (II)7 del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador, al haber dilatado indebidamente los procesos judiciales iniciados por TexPet y que es responsable de resarcir los daños en consecuencia. En este proceso se evidencia la aparente imposibilidad de los jueces comunes de procesar causas en materia energética (en lo especie relacionados con refinación, comercialización de productos y fuerza mayor) de manera diligente.

Por su naturaleza convencional, los procesos arbitrales surgen a partir de estipulaciones entre los inversionistas y Estados incluidas en los contratos, que en ocasiones se fundamentan en acuerdos bilaterales o internacionales de inversión.

> "La mayoría de los países de la región enfrenta desafíos de desarrollo que se derivan de los riesgos asociados a estos procedimientos de arbitraje internacional. Con respecto a la protección de la inversión extranjera, los compromisos y obligaciones son relativamente imprecisos y dan lugar a controversias."[9]

Lo anteriormente dicho refleja la ambivalencia con la que el arbitraje es visto hoy en día por varias de las partes involucradas: por una parte la jurisdicción arbitral ha sido aceptada y afirmada en instrumentos y tratados internacionales, pero por otra parte es vista con aprehensión al ser considerada un foro favorable a los contendientes con los estados.[10]

Nuestra región se encuentra en el centro del desarrollo arbitral mundial, ya que *"los países de América Latina y el Caribe son parte en un gran número de casos de arbitraje internacional, que alcanzan un 35% del total mundial."*[11] En concordancia con lo dicho en párrafos precedentes, un gran porcentaje de estas disputas se desarrolla sobre controversias de la industria energética y extractiva en general (petróleo, gas, electricidad y minería), y debido al gran desarrollo que ha tenido América Latina en la provisión de *commodities* a nivel mundial en la última década.[12]

9. MORTIMORE, Michael, Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 9.
10. Ver DE LOS SANTOS, CARLOS, El Arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en América Latina, Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico, p. 1. http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf
11. UNCTAD, *Latest developments in investor-State dispute settlement*, IIA Monitor, N° 1, Ginebra Suiza, p. 14.
12. *The Economist, September 24th, 2011, Finance and Economics, Red Bull* (Versión iPad).

El Ecuador no es la excepción en América Latina, y como quedó dicho previamente, la sustancial mayoría de controversias arbitrales se refieren la temática que nos ocupa. Otros casos relevantes actualmente en vigencia son Mobil Corporation vs Venezuela por nacionalización de proyectos petroleros, *EDF International* vs Argentina por concesión de electricidad, Conproca S.A. vs México por actualización de refinería, que ejemplifican claramente cómo y por qué la actividad energética se inclina cada día más por el arbitraje como método de solución de conflictos.[13]

3. Consolidación del arbitraje en la industria petrolera nacional

En nuestro país, la historia reciente del arbitraje parte de la codificación del Código de Procedimiento Civil en el año de 1953 en el cual se establecía claramente el denominado juicio por árbitros, que fuera derogado en la década de los años 1990.

> "El indicado procedimiento arbitral del Código de Procedimiento Civil (...) contenía disposiciones nada prácticas, excesivamente formalistas, tanto con los requisitos que debía contener el compromiso arbitral o cláusula compromisoria, como el procedimiento mismo".[14]

Tres años después, se dicta la Ley de Arbitraje Comercial del año 1963, con el propósito de facilitar la resolución de conflictos originados en operaciones comerciales, la que

> "a diferencia del Código de Procedimiento Civil, que no reconocía efecto alguno a la cláusula compromisoria (...), concebía a la cláusula arbitral como una estipulación irrevocable mediante la cual las partes en un contrato se obligaban a someter a arbitraje cualquier diferencia derivada de él.

13. Cfr. ALM *Legal Intelligence. Arbitration Scorecard*, Focus Europe 2011, p. 28.
14. SALCEDO VERDUGA, Ernesto, El Arbitraje: La Justicia Alternativa, Guayaquil, 2001, p. 31.

> Aunque no existían mayores requerimientos formales las partes debían indicar qué entidad sería la encargada de administrar el arbitraje. En este contexto, y cumplido recaudo, la existencia de una cláusula arbitral podía ser opuesta para impedir el progreso de una acción judicial."[15]

En tal virtud, la Ley de Arbitraje Comercial y su reglamento contenían normas acordes a una administración de justicia relativamente más ágil y sin mayores reparos formalistas, conforme a la práctica mercantil, y sometía las controversias si era posible a los tribunales de arbitraje designados por las Cámaras de Comercio.

En la época en que las mencionadas normas se encontraban vigentes se celebraron contratos de exploración y explotación de hidrocarburos entre el Estado Ecuatoriano y terceros particulares, que fueron desarrollando la temática de la cláusula de divergencias en cada uno de los casos, con sus propias características, como se muestra a continuación:

La cláusula Quincuagésima del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, celebrado entre gobierno del Ecuador (a través del Ministerio de Recursos Naturales y Energía) y las compañías *Ecuadorian Gulf Oil* y Texaco Petroleum, de agosto de 1973, establece claramente que respecto a la jurisdicción, los contratistas se someten a las leyes, jueces y tribunales del Ecuador, al trámite verbal sumario y renuncian expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Para los fines del contrato se fija como domicilio la ciudad de Quito, para lo civil y laboral serán también competentes los funcionarios del lugar en donde se realicen los hechos materia de la contienda judicial.[16]

15. LARREA FALCONI, Alfredo, *Arbitration in Ecuador*, en *International Commercial Arbitration in Latin America, ICC Bulletin, Special Supplement*, 1007, pp. 40 y ss.
16. Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, entre Gobierno del Ecuador y las compañías *Ecuadorian Gulf Oil* y *Texaco Petroleum*, suscrito en agosto de 1973.

Por su parte, en el contrato de asociación entre la Corporación Estatal de Petróleos del Ecuador (CEPE) y las compañías *Cayman Corporation, City Investing* y *Southern Union Production,* suscrito en octubre de 1973, se estableció que el Comité de Administración (conformado por 4 miembros) fuera el encargado de dirimir las controversias que existieran, y en caso de no llegar a un acuerdo, el diferendo fuera sometido a la decisión conjunta del Gerente General de CEPE y del Gerente General o de Operaciones de la Contratista, pero en el evento que tampoco acordaran una resolución por ese hecho, cualquiera podrá someter el caso al ministro del ramo para su resolución, cuyo fallo será inapelable.[17] Se entiende que si se requería acudir a un arbitraje en este contrato, se debía realizarlo por medio de un juicio de árbitros o si fuera el caso mediante el acuerdo entre las partes Por lo tanto, la solución de controversias quedaba en manos de una de las partes involucradas, específicamente el Estado, dueño del recurso a extraer[18].

En el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos del bloque 16 suscrito en enero de 1986, la cláusula Trigésima Segunda 32.3. expresa que

> "en el caso de que cualquiera de las partes deseare terminar este contrato, por incumplimiento de alguna de las obligaciones aquí estipuladas que no constituyan causa de caducidad, la parte que se creyere perjudicada requerirá judicialmente a la otra sobre el incumplimiento, de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, excepto cuando se trate de asuntos técnicos o económicos caso en el cual se deberá someter previamente al procedimiento arbitral establecido en la cláusula 25."[19]

17. Cláusula Cuadragésima Séptima del Contrato de Asociación entre CEPE y *Cayman Corporation, City Investing Company* y *Southern Union Production Company*, suscrito en octubre de 1973.
18. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 28 número 15 y 215 de la Constitución de 1967 y los artículos 1 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (vigente a tal fecha y en la actualidad), que otorga el derecho a los particulares a impugnar los actos y resoluciones de la Administración Pública, "...que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.".
19. Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, entre CEPE y las compañías Conoco Ecuador Ltd, *Overseas Petroleum and Investment Corp., Diamond Shamrock South America Petroleum y Nomeco Latin America Inc.*, celebrado en enero de 1986.

La referida cláusula establecía que el arbitraje se realizaría solamente asuntos técnicos o económicos, y por una comisión de arbitraje compuesta por tres miembros y a la vez indicaba que los asuntos legales no podrían ser objeto de arbitraje y se someterán a los jueces y tribunales competentes en el Ecuador. Manifestando que *"el procedimiento de arbitraje se suspenderá hasta que el juez decida sobre los aspectos legales y, entonces, de ser procedente conforme a derecho, se continuará con el procedimiento arbitral sobre los aspectos técnicos o económicos objeto del arbitraje."*[20]

En el Contrato de Servicios Específicos de Tivacuno[21] celebrado en abril de 1992 establece tres vías de solución de controversia: consultoría, arbitraje y justicia ordinaria. Según la cláusula Vigésima Sexta 26.1, de manera general las controversias de aspectos técnicos o económicos se sometían al Comité de Operación para su resolución y de no encontrarse solución en un plazo mínimo, la diferencia era referida a los representantes legales de las partes contratantes. Si estos tampoco llegaban a una resolución se remitía a un consultor, procedimiento que podía resultar a nuestro criterio poco efectivo, ya que al momento del inicio de la consultoría las partes debían acordar el efecto de la opinión del consultor, lo cual no daba real oponibilidad a la decisión de dicho experto independiente.[22]

El arbitraje estaba limitado a asuntos técnicos que no debían ser resueltos por autoridad competente (Cláusula 26.2), y recién una vez conformada la comisión arbitral las partes debían redactar el compromiso arbitral y si una rehusaba a participar en tal acto la otra parte podía requerir al juez para que actúe en nombre de la parte que hubiere omitido hacerlo. Este contrato esta-

20. Ibid.
21. Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el área Tivacuno de la Amazonia Ecuatoriana entre Petroecuador y Petroproducción y las compañías Maxus Ecuador Inc., *Overseas Petroleum and Investement Corp.*, *Nomeco* Ecuador *Oil* y Canam Offshore Limited, celebrado abril en 1992.
22. Id., cláusula 26.1.1. Cabe señalar que el contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 1, celebrado entre CEPE y Belco Petroleum Ecuador Ltd. en junio de 1985 contenía el procedimiento de consultoría con similares características, con la variante de no requerir revisión previa del Comité de Operación del contrato.

blecía que el proceso verbal sumario era supletorio al arbitral en lo que fuera necesario y así como también requería que los árbitros fueran personas de reconocida idoneidad y capacidad técnica en el asunto sujeto a arbitraje.[23]

Cabe indicar que en los contratos celebrados en dicha época, los asuntos técnicos que, por el contrato o por la Ley debían ser resueltos por autoridad competente no podían ser sometidos a decisión de los árbitros, tales como las tasas de producción o la determinación de reservas recuperables de yacimientos.

En el contrato de exploración y explotación entre el Ecuador y la compañía Occidental del año 1985[24], se mantiene el mismo procedimiento de arbitraje, de estilo independiente, en el que la parte que quería dar inicio a un arbitraje dirigía a la otra una comunicación en la que exponía sus fundamentos y peticiones a ser objeto de la resolución arbitral, y la otra parte debía contestar la demanda o reconvenir en siete días.

Luego de trabada la litis, cada parte debía designar un árbitro, quienes designaban al tercero que presidía el tribunal. Pero si entre los árbitros designados por las partes no llegaren a un acuerdo, el Procurador General, de entre una plantilla de cuatro nombres, dos por cada parte, con los respectivos currículos y sin indicar cual parte los auspicia, debía elegir al tercer árbitro para resolver el conflicto.

Una única particularidad entre el contrato antes mencionado y el contrato suscrito para la operación del Bloque 16 de enero de 1986[25], es que en este último la designación de árbitros no correspondía al Procurador General o al Ministro de Recursos Naturales y Energéticos (según el caso) sino al

23. Id. 21, cláusula 26.2.
24. Contrato para la prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, celebrado entre CEPE y la compañía *Occidental Exploration and Production Company*. Ver cláusula.
25. Id. 19, cláusula Vigésimo Quinta.- Arbitraje Técnico Económico.

Presidente de la Corte Suprema de Justicia, o en caso de excusa, el Presidente de la Corte Superior de Justicia.

Es importante señalar que, de manera general, en la selección de los miembros del tribunal no existían restricciones por la nacionalidad de los árbitros, que en la actualidad es un tema que sí regula el nuevo modelo contractual petrolero ecuatoriano con la intención al parecer de buscar mayor imparcialidad en la conformación del tribunal.

Las cláusulas de aquellos contratos establecían también que

> "en el caso de, que con anterioridad o durante la vigencia del contrato, el Estado ecuatoriano, CEPE u otra entidad de derecho público, celebrare un convenio internacional que, conforme a derecho, someta la solución de las controversias de carácter técnico o económico, a un sistema de arbitraje internacional, o que la ley así lo permita, las partes podrán acogerse para la solución de dichas controversias a tal sistema."[26]

Lo que permitía a la empresa salirse de la jurisdicción nacional e ir de plano a lo internacional respecto del convenio celebrado que amparaba a la solicitud de arbitraje.

Es indudable que la Ley de Arbitraje y Mediación expedida en el año 1997, generó una nueva perspectiva para esta institución ya que la modernizó para acoger la mayoría de tendencias vigentes a tal época. Dicha norma instituye, entre otras cuestiones, la capacidad para transigir y la necesidad de cumplir con requisitos para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje con sede nacional, además de requisitos para el sometimiento a un arbitraje internacional sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. También estableció que se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el

26. Id. 24., cláusula 25.3.3.

informe favorable del Procurador General del Estado, para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.[27]

El contrato del campo marginal Bermejo celebrado en julio de 1999[28] establece en su Cláusula Vigésimo Sexta que los desacuerdos entre las partes sobre asuntos pericial técnico, excepto los que deban ser decididos por autoridad competente, se sometían a los representantes legales de las partes para su resolución manteniendo la lógica de solucionar el conflicto entre las partes sin intervención de ningún tipo. Es decir, como un acercamiento antes de cualquier acción a realizar, haciendo analogía a lo que hoy se conoce como Negociaciones Directas.

Luego, podía aplicarse el modelo de consultoría para la solución de divergencias técnicas, con carácter relativamente vinculante, y con la intervención del Director del Centro de Arbitraje y Mediación para la nominación del consultor en caso de desacuerdo de las partes. Finalmente, en materia arbitral se evoluciona de manera importante, excluyendo expresamente la jurisdicción ordinaria y disponiendo que toda controversia derivada de la "interpretación, aplicación y cumplimiento de este Contrato" sea resuelta por arbitraje bajo el procedimiento y reglas de la Cámara de Comercio Internacional, fundamentado en la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana[29].

Como era de esperarse, los contratos del año 1998 en adelante, hacen referencia a la Ley de Arbitraje y Mediación en lo que respecta a Arbitrajes Internaciones, a la vez que también se establece que el arbitraje será en derecho o equidad, como será administrado, ante qué Centro de Arbitraje se ventilará, la designación de los árbitros, el pago de honorarios, entre otros aspec-

27. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4, 41 y 42. 1997.
28. Contrato para la Exploración de Petróleo Crudo y Exploración Adicional de Hidrocarburos del Campo Marginal "Bermejo", entre Petroecuador y la compañía Tecpetrol, en julio de 1999.
29. Id., cláusula 26.2.

tos, lo que las aproxima a lo que la doctrina considera una cláusula arbitral completa.[30]

Aunque parezca sin importancia, el pago de los honorarios de los miembros del tribunal se realiza de manera proporcional entre las partes, lo que a diferencia de lo establecido en contratos anteriores a la ley de 1997, cada parte pagaba el honorario de su árbitro designado, lo que podía prestarse para interpretaciones equivocadas sobre situaciones moralmente reprochables para influir en las decisiones de otros miembros del tribunal.

Es importante indicar que el contrato de Bermejo en 1999, ya establece la renuncia a cualquier posible derecho de apelar ante otro organismo o jurisdicción, así como que la ejecución del laudo podrá ser realizado en cualquier territorio, y menciona lo que la ley establece al indicar que la sentencia o laudo tiene efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada, y solo se podrá acudir a justicia ordinaria a fin de hacer ejecutar la decisión arbitral.

Por su parte, el contrato modificatorio suscrito en octubre de 2008 al contrato de exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el Bloque 18 y Yacimiento Común Hollín Palo Azul, reemplaza la cláusula arbitral constante en el contrato previo y se establece que

> "cualquier controversia relativa a cualquier situación de hecho o de derecho relacionada con este contrato, incluyendo más sin limitarse a controversias sobre validez, interpretación, obligatoriedad, cumplimiento o terminación de este contrato, que no pudieran ser amigablemente resueltas por las Partes, serán sometidas en forma exclusiva y definitiva a arbitraje."[31]

30. FRIEDLAND, PAUL, LLANO ODDONE, RAFAEL, Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 89.
31. Contrato Modificatorio al Contrato de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque 18, entre Petroecuador y las compañías Ecuador TLC, Cayman Internacional Exploration, Petromanabí y Teikoku Oil Ecuador, en octubre de 2008. Cláusula Cuarta.

Asimismo, se indica que el procedimiento arbitral se regirá por las normas establecidas por el Centro de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), a menos que las partes requieran un árbitro único cuando la cuantía sea menor a un millón de dólares. Y se desprende también que el árbitro único, de ser el caso, no podrá ser de la nacionalidad ni estar o haber estado vinculado contractualmente o de otra forma con cualquiera de las partes.

Entre otros cambios importantes, se modifica el lugar sede a la ciudad Santiago de Chile, en relación a lo que establece la Constitución ecuatoriana de 2008 respecto a arbitrajes internacionales en sede regional, a la vez que las partes renuncian a alegar la inmunidad al proceso arbitral y a interponer el recurso de apelación ante cualquier corte judicial o autoridad.

Adicionalmente, se establece que en el caso que el laudo arbitral establezca que la Contratista hubiera sido privada de sus derechos, intereses o bienes emergentes por vía de expropiación, nacionalización o actos de similar efecto, como consecuencia de un acto gubernamental o de cualquier otra autoridad, los árbitros determinarían una indemnización sobre la base del principio del valor de mercado para un negocio en marcha, para aquellos derechos, intereses o bienes vulnerados. Y se establece la confidencialidad del proceso arbitral. Además de agregar al contrato el procedimiento de Arbitraje Especializado, en el cual las partes pueden someter a un perito en la materia a una controversia al precio del petróleo crudo, al ajuste del precio de referencia por calidad o la tasa máxima de producción.

Es importante indicar que las cláusulas arbitrales tradicionalmente aplicadas en los contratos fueron de carácter restrictivo, limitando el arbitraje a asuntos técnicos y económicos en el mejor de los casos, excluyendo siempre cuestiones legales y asuntos a ser resueltos "por autoridad competente", salvo los contratos más modernos, como los indicados en párrafos precedentes, que remiten al arbitraje la solución de todas las contro-

versias, de manera exclusiva y definitiva. Esto explica en parte la proliferación de arbitrajes internacionales que se entablaron entre compañías operadoras y ex operadoras y el Estado, así como la alegación de expropiación estatal vulnerando la garantía establecida en los tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos por el Ecuador con más de una veintena de naciones alrededor del mundo, instrumentos que contemplan el arbitraje como forma de solución de controversias[32]. Por otra parte, se puede resumir la presencia del consultor como un instrumento auxiliar más que como una herramienta directa o vinculante de solución de conflictos, situación que varía en el modelo actualmente vigente.

Como conclusión de esta revisión de cláusulas de solución de controversias "por muestreo" de los contratos petroleros suscritos por el Ecuador entre 1973 y 2008 se puede decir que si bien es claro que la tendencia del arbitraje se va fortaleciendo con el paso de los años (y acogiendo la tendencia internacional indicada previamente), no existe uniformidad en el alcance, forma y consecuencias del arbitraje, así como de los demás métodos de solución de conflictos que coexistían en los distintos instrumentos (consultoría y jurisdicción ordinaria), lo que demuestra poca consistencia en la parte estatal respecto a un punto tan sensible de los contratos, al cual se recurre en esta materia en muchas ocasiones.

Esta aparente anomalía se soluciona con la suscripción de nuevos instrumentos en los años 2010 y 2011, como se verá en la siguiente sección de esta monografía.

32. Esto a pesar que los tratados bilaterales de inversiones fueron concebidos inicialmente como una solución Estado – Estado, antes que una alternativa Inversionista – Estado. Ver MONTT, SANTIAGO, Sate Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation, Hart, Publishing, Oregon, 2009, pp. 83-84.

4. Solución de Controversias en el contrato petrolero 2010 – 2011

El nuevo régimen jurídico que se ha implementado en el Ecuador a partir de la expedición de la Constitución del año 2008, ha reorganizado el manejo de los recursos naturales y las prioridades del país en el impulso de ciertas actividades, entre ellas la industria de los hidrocarburos, enfocando su regulación, gestión y desarrollo a través del Estado y de compañías de economía mixta[33], dejando un margen residual de actuación al sector privado, nacional o extranjero.[34]

En el aspecto relativo a los métodos de solución de controversias, el artículo 190 de la Constitución, reconoce

> "el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."[35]

Manteniendo la línea de la anterior Constitución pero agregando que se aplicará en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, concepto previamente incluido en la Ley de Arbitraje y Mediación vigente.

33. Reflejando de esta manera la adhesión a la teoría de "*Resource Nationalism*", que consiste en la intención de los estados de tener la máxima ventaja económica en los procesos de explotación de recursos naturales. WAGNER, JAY, PRIDDLE, ROBERT, Editors Plexus Energy Ltd. and INCE & Co., Expropriation of Oil & Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism, Association of International Petroleum Negotiators, Houston, 2008, p. 12. Esta teoría gana y pierde fuerza de manera cíclica en el tiempo y alrededor del mundo.
34. Ver artículos 313 y siguientes, y 408 de la Constitución de la República del Ecuador. Cabe señalar, aun cuando no es materia de este estudio, que el modelo de preferencia nacional no se limita a la operación estatal sino al incentivo a la industria nacional de bienes y servicios petroleros, que se ve privilegiada por las normas secundarias de este sector así como por el contenido del contrato de prestación de servicios vigente. Esta protección no es exclusiva del estado ecuatoriano, sino que se encuentra en otras legislaciones, tales como la brasileña y la mexicana, cada una con sus propias modalidades.
35. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, 2008.

Y el artículo 422 de la Carta Magna establece que

> "no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana[36] a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional."

En ese sentido, la nacionalidad constituye una restricción para la designación como árbitro, caso que no existía anteriormente dentro de las normas o en los contratos suscritos[37]. Varias son las razones por las que el Estado ecuatoriano tomó la alternativa de cerrar la opción a arbitrajes internacionales, entre otras el uso de la "diplomacia de las botas" o "*gunboat diplomacy*", forma en la que se ha denominado a la persecución de objetivos de política exterior con amenaza implícita de fuerza,[38] y como una alternativa al "*treaty shopping*" que en teoría practican empresas internacionales[39].

36. El tema de la cesión de soberanía ha sido tratado en distintos trabajos doctrinarios, incluso estudiando el efecto que esta renuncia tendría sobre temas ajenos a las inversiones, tales como ambiente y derechos humanos. Por ejemplo, ver *TIENHAARA, KYLA, The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy, Cambridge University Press, 2009.*
37. Como nota marginal, cabe puntualizar que el artículo 422 de la Constitución vigente prohibe la celebración de "tratados o instrumentos internacionales" en los que se pacte arbitraje internacional. El autor considera que esta disposición no prohibe de manera expresa la celebración de contratos administrativos en los que se pacte tal tipo de solución de controversias, aunque las autoridades así lo han entendido, como se indica más adelante en esta monografía.
38. Id. 32, p. 49.
39. Ver BLYSCHAK, PAUL MICHAEL, Access and advantage expanded: *Mobil Corporation v Venezuela* and other recent arbitration awards on treaty shopping, Journal of World Energy Law and Business, Volume 4 Number 1 March 2011, Oxford University Press and Association of International Petroleum Negotiators, p. 33. El caso citado así como los demás mencionados en el artículo hacen referencia a decisiones arbitrales que aceptan los cambios contractuales realizados por compañías para ampararse en tratados bilaterales de inversión y luego someter sus controversias a los métodos establecidos en dichos instrumentos internacionales.

Es menester indicar, que desde el año 1985, el Ecuador formó parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Grupo del Banco Mundial, en donde se han ventilado la mayor cantidad de arbitrajes en los que ha estado involucrado el Ecuador, y según el INTERNACIONAL CENTRE FOR TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT,

> "Ecuador enfrenta demandas internacionales en el CIADI por US $12.994 millones, cifra mayor a su deuda externa, la mayoría presentadas por petroleras extranjeras como la francesa Perenco y las estadounidenses Burlington y Occidental por supuestos incumplimientos de contratos."[40]

Con la promulgación de la Constitución en agosto de 2008, el Ecuador debió cesar la aplicación del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones antes mencionado, y denunció[41] dicho convenio acorde al artículo 422. Por lo tanto, como alternativa a dicha sede y en el afán de generar una solución equilibrada para las partes incluidas en los contratos petroleros, se pactó como alternativa para la sede arbitraje al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y a la Corte Permanente de Arbitraje con sede en Santiago de Chile, dependiendo de la cuantía de la controversia, como se detallará más adelante.

En el año 2010, se publicó en el registro oficial la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. La Disposición Transitoria Primera establece que

> "los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encuentren suscritos se modificarán para adoptar el modelo

40. ICTSD, Ecuador finiquita convenio con el CIADI, Puente Quincenal, Volumen 6, Número 13 del mes de julio de 2009.
41. El presidente Rafael Correa expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823 mediante el cual el Ecuador denuncia y da por terminado el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales en otros Estados, (CIADI). El Decreto fue publicado en el Registro Oficial No. 632 del día lunes 13 de Julio de 2009.

reformado de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos en el plazo de hasta 120 días, y los contratos suscritos bajo otras modalidades contractuales incluidos los contratos de campos marginales y los contratos de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador y/o su filial con las empresas (...), en el plazo de hasta 180 días. Plazos que se contarán a partir de la vigencia de la presente Ley; caso contrario, la Secretaría de Hidrocarburos dará por terminados unilateralmente los contratos y fijará el valor de liquidación de cada contrato y su forma de pago."[42]

Por su naturaleza, los contratos de prestación de servicios son aquellos en los cuales todo el producto de la explotación, los riesgos de producción y los beneficios son retenidos por el Estado. La empresa es contratada para realizar ciertos servicios a cambio de un fee, pero la empresa es un mero contratista, trabajando bajo la supervisión del estado y no tiene interés legal o beneficio en la empresa de extracción misma.[43] Por cierto, el modelo ecuatoriano no es un contrato de prestación de servicios puro, ya que parte del riesgo económico está en el operador (a través del posible no pago de la tarifa en caso de caída del precio) y la supervisión del Estado tiene un régimen distinto al de un contratista común de servicios petroleros.[44]

Por lo tanto en base a la disposición legal, el gobierno ecuatoriano entró en un proceso de negociación para modificar los contratos suscritos con las empresas operadoras para adoptar el nuevo modelo de prestación de servicios. Dentro de las modificaciones se acordaron nuevas estipulaciones para la regulación de la actividad, pero también se reformó (y uniformó) la manera de solucionar las controversias relativas a la interpretación,

42. LEY REFORMATORIA A LA LEY DE HIDROCARBUROS Y A LA LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Transitoria Primera, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de julio de 2011.
43. EASO, JUBILEE, *Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts, Oil & Gas, Globe Law and Business*, London, 2009, p. 38.
44. Ver cláusula Quince 15.6 de los contratos suscritos entre noviembre de 2010 y enero de 2011.

cumplimiento y aplicación de los contratos, en base a la experiencia adquirida durante los años anteriores y los arbitrajes que se encuentran en marcha.[45]

5. Cláusula de Solución de Controversias en el nuevo modelo contractual

Una vez visualizado el contexto previo que conduce al contrato petrolero vigente, es necesario adentrarnos al texto de la Cláusula Trigésimo Tercera de dicho instrumento, que determina cuatro formas de solución de controversias, que se describen a continuación:

5.1 Negociaciones Directas Obligatorias

El Contrato para la Prestación de Servicios 2010-2011 establece que en todos los conflictos relacionados con la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, así como los efectos de una terminación anticipada o cualquier otra circunstancia relacionada con este Contrato Modificatorio, las Partes deberán intentar un arreglo directo entre ellas (Cláusula 33.1).

Para aquello, la Parte afectada deberá presentar una solicitud de negociaciones directas. Para este efecto, la Parte afectada someterá el desacuerdo al representante legal de la otra Parte. Si dentro del plazo de treinta (30) días de haberse referido el desacuerdo, o aquel plazo que acuerden las Partes, este no hubiere sido resuelto, se observará el procedimiento de consultoría o arbitraje.

Como queda claro, este mecanismo debe ser agotado en cualquier caso de controversia, previo a someterla a otros proce-

45. Cabe señalar que los contratos suscritos con la compañía Ivanhoe para la operación del Bloque Pungarayacu y con la compañía de economía mixta Río Napo para la operación del campo Sacha, no fueron incluidos en la modificación contractual, por lo que su modelo de solución de controversias difiere del analizado en este capítulo.

dimientos. Por su naturaleza, no reemplaza a la mediación, que tiene sus caracteres particulares.

5.2 Mediación Facultativa

Faculta a las partes, en el evento que a falta de alcanzar un arreglo directo de las Partes, cualquiera de las Partes podrá someter las diferencias al proceso de mediación a cualquier centro de mediación registrado por el Consejo de la Judicatura (Cláusula 33.2).

5.3 Consultoría

Al igual que en contratos precedentes, se establece el procedimiento de consultoría como método de solución de divergencias técnicas o económicas previstas en cláusulas expresamente fijadas del Contrato Modificatorio (distintas según cada caso), y que no hayan sido resueltas amigablemente entre las Partes ya sea por negociación directa o por mediación, la Contratista de manera facultativa podrá referir las diferencias a un Consultor[46]. (Cláusula 33.3.) El consultor no se podrá pronunciar sobre ley tributaria.

Para activar este mecanismo, la Contratista deberá notificar a la Secretaría de Hidrocarburos su decisión de someter el desacuerdo al dictamen de un Consultor:

Para la elección del Consultor.- Cada Parte presentará a la otra una lista de tres nombres de candidatos dentro del plazo de quince días contados a partir de la presentación de la solicitud de la Contratista. Si uno o más de los Consultores propuestos aparecieren en ambas listas, el Consultor será seleccionado de

46. Cabe indicar que el texto del contrato parece sugerir que solamente la Contratista puede solicitar la participación de un consultor, mas no la Secretaría de Hidrocarburos (Cláusulas 33.3. y 33.3.1 del Contrato).

entre aquellos que figuren en ambas listas. Si no hubiese candidatos coincidentes o no existiere acuerdo en caso de ser dos o más los coincidentes, las Partes harán sus mejores esfuerzos para designar al Consultor. Si no hubiese acuerdo entre ellas para la designación dentro del plazo de siete días, el Consultor será designado, considerando la materia a tratar, por sorteo de entre los que consten en el Anexo contractual, que incluye una lista de reputadas compañías internacionales calificadas de acuerdo a los estándares de la industria para auxiliar en este tipo de controversias, en aspectos técnicos y económicos.

El sorteo se realizará por pedido de cualquiera de las partes ante un notario público, debiendo notificar el Notario a la otra parte con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha del sorteo. Y el Consultor deberá ser nominado y designado sobre la base de criterios de imparcialidad y conocimiento técnico sobre la materia objeto de la Consultoría.

Procedimiento de Consultoría.- Una vez designado el consultor se inicia el procedimiento, momento desde el cual, las partes no podrán tener reuniones directas con el Consultor sin la autorización de la otra.

Las Partes presentarán sus argumentos al Consultor dentro de los treinta días calendario a partir de la fecha de su designación. Las Partes proporcionarán al Consultor toda la información, por escrito o en audiencia oral con la evidencia que consideren que razonablemente requiere para llegar a su dictamen, el cual debe emitirlo en sesenta días.

Si surgiere una diferencia entre las Partes acerca del sentido, interpretación o alcance del dictamen, cualquiera de ellas podrá solicitar su corrección o aclaración mediante comunicación dirigida al Consultor y a la otra Parte, dentro del plazo de quince días de notificado el dictamen.

El dictamen del Consultor.- Tendrá efecto vinculante y será definitivo para las Partes. Sin embargo, dentro del plazo de quince días de notificado el dictamen o la corrección o aclaración, las Partes podrán solicitar la revisión de la decisión conforme el procedimiento de arbitraje previsto en contrato, únicamente en los siguientes casos:

a) Si el Consultor se hubiere extralimitado en el mandato otorgado;
b) Si se demuestra corrupción, vinculación o conflicto de interés del Consultor en la materia objeto de la controversia; y,
c) En caso que alguna de las Partes se le hubiese negado el derecho a la defensa, conforme los plazos previstos en esta cláusula-.

En los contratos previos que contenían esta modalidad de solución de controversias no existían causales para la revisión del dictamen del consultor, presumo por la falta de fuerza vinculante del dictamen del consultor. Ahora que este pronunciamiento se ha convertido en un cuasi-laudo en materia técnica o económica y dejó de ser un instrumento auxiliar, es importante determinar las formas de impugnación en caso de irregularidades, sin dejar opciones demasiado amplias a las partes, ya que en tal caso el resultado de la consultoría sería siempre impugnado por la parte que no sea favorecida por el mismo. El inicio del arbitraje, cuando este ocurra, suspenderá la resolución del consultor.

El principal problema práctico que se presenta ante esta forma ágil y vinculante de resolución de controversias es la ejecución del dictamen del consultor, ya que pese a ser en teoría vinculante para las partes, no cuenta con la fuerza de sentencia o laudo de mandatorio cumplimiento y por lo tanto su ejecución no puede ser solicitada mediante medidas de coerción o auxilio de autoridad en contra de la parte que se niega a cumplir el pronunciamiento, lo que necesariamente dilata su ejecución o la

puede volver imposible, en el peor de los casos, debilitando esta institución con nuevas características.

5.4 Arbitraje

En todos los conflictos relacionados con la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, así como los efectos de una terminación anticipada del contrato o cualquier violación de la Ley Aplicable u otra circunstancia relacionada con el Contrato Modificatorio, que no hayan sido solucionadas por negociaciones directas, o en virtud de la mediación, o que no hayan sido sometidas a dictamen de un Consultor serán resueltas definitivamente mediante un arbitraje ad-hoc al amparo del Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL del año mil novecientos setenta y seis. (Cláusula 33.4)

- Administración: El arbitraje será administrado según su cuantía por:

  (i) la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, en casos cuya cuantía sea indeterminada o supere los diez (10) millones de Dólares[47]; y
  (ii) el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en los demás casos.-

- Sedes: Las sedes que se han determinado para el arbitraje son Santiago de Chile en el caso (i) del párrafo precedente, y Quito en el caso (ii). La determinación de Santiago de Chile se contrapone a la tendencia regional de tomar a otras ciudades como sede para el arbitraje, tales como Miami, Buenos Aires, Sao Paulo o México D.F.[48]

47. Esta determinación sigue lo aconsejado por FRIEDLAND y ODDONE, Id. 30, pp. 67 y siguientes.
48. Ver Id. 30, FRIEDLAND, p. 88, nota al pie 12; Id. 4, GAMBOA, p. 112.

- Idioma: El idioma del procedimiento será el castellano. Cualquiera de las Partes podrá presentar pruebas testimoniales o documentales en un idioma distinto al castellano, siempre que esa Parte le provea a la otra Parte una traducción escrita al castellano de dicha prueba testimonial o documental.

- Modalidad: El arbitraje será en Derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia será el derecho ecuatoriano[49].

- Constitución del Tribunal Arbitral.- El Tribunal Arbitral estará compuesto por tres (3) miembros. Cada una de las Partes designará a un árbitro, y el tercero, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral, será designado de común acuerdo por los dos árbitros designados. Si una Parte se abstiene de designar a un árbitro dentro de los cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la fecha de designación de los primeros dos árbitros, cualquiera de las Partes podrá solicitar su designación:

  a) Al Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya, o
  b) Al Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

  Los árbitros para los arbitrajes administrados por la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya no deberán tener la misma nacionalidad de las Partes, salvo pacto en contrario.

- Costos.- El costo del procedimiento será cubierto en partes iguales, a no ser que el Tribunal, en su laudo, decida lo contrario.

49. En este punto es ilustrativo revisar lo recopilado por GAMBOA, Apuntes sobre arbitraje internacional, p. 21, sobre la forma en la que los árbitros adquieren conocimiento de la ley nacional aplicable a las controversias.

> Ejecución del Laudo.- El laudo que dicte el Tribunal Arbitral será de cumplimiento obligatorio para las partes, sin perjuicio de los recursos previstos por la ley del lugar del arbitraje (*lex arbitri*)[50].

5.5 Sede judicial

Todas las controversias que se deriven de una declaratoria de caducidad o guarden relación con sus efectos[51], no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador[52]. Las controversias sobre actos de administración tributaria serán resueltas por los tribunales competentes del Ecuador (Cláusula 33.7)[53].

6. Conclusiones

Sin perjuicio de las demás conclusiones que se puedan extraer del modelo de contrato petrolero actualmente vigente y

50. Para un examen más profundo del control del laudo arbitral, ver TALERO RUEDA, SANTIAGO, Arbitraje Comercial Internacional, Temis, Bogotá, 2008, p. 388; y RIVERA, JULIO CÉSAR, Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630. No es materia de este estudio, pero existen decisiones judiciales emitidas al amparo de normas constitucionales que interfieren con los arbitrajes, y que eventualmente podrían ser utilizadas como artificio para la no ejecución de un laudo.
51. Esta disposición excluye lo señalado en la cláusula 33.4, que dispone que se someterá a arbitraje los efectos de la terminación anticipada del contrato. La terminación anticipada es una potestad exorbitante del Estado en los contratos administrativos y sólo puede ser ejercida por esta parte. La caducidad es, en todo caso, una especie de terminación unilateral anticipada del contrato. Ver ROBALINO, JAVIER, Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2009, p. 50.
52. Ver en este sentido, Id. 30 FRIEDLAND, ODDONE, p. 184 y las precisiones que aconsejan ante los riesgos de combinar la sede arbitral y judicial, las cuales no han sido observadas en esta parte.
53. Este texto constituye una limitación al concepto de expropiación empleado en arbitrajes precedentes contra el Estado Ecuatoriano (ej. Occidental v. Ecuador, caso Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3467), en el que se consideró que cambios tributarios que modificaron la estabilidad económica del contrato eran equivalentes a expropiación, por lo que se procedió a arbitraje al amparo del tratado bilateral de protección de inversiones pertinente. Ver SUÁREZ ANZORENA, IGNACIO, Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje , Quito, 2011, p. 65, nota al pie 8.

de las demás disposiciones constantes en el instrumento legal respectivo, cabe preguntarse:

¿Fortalece este contrato el modelo de arbitraje?

Sin fortalecerlo propiamente, se puede decir que su inclusión en la forma y método en el que consta en el contrato constituye un esfuerzo de los involucrados en la negociación por brindar una alternativa válida y razonable a los inversionistas extranjeros para que sus controversias con el Estado Ecuatoriano se ventilen en sede independiente.

Es cierto también que al dejar de ser el arbitraje la única alternativa de solución de conflictos en este tipo de contratos (por la presencia de la consultoría en materia técnica y económica, así como la jurisdicción ordinaria en las materias más conflictivas tradicionalmente – impuestos y caducidad), su ámbito se ve reducido y la práctica de los años por venir dirá cuán utilizada es esta alternativa ante los problemas jurídicos que se presenten. Las probabilidades, basadas en los casos previos, parecerían apuntar a que la sede judicial sería la más empleada en las controversias futuras.

En tal sentido, considero que la alternativa constante en los contratos petroleros permite subsistir al arbitraje en tiempos adversos a tal institución en el Ecuador, aunque no con el alcance al cual las empresas y demás partes estaban acostumbradas durante la década de los años 1990 y 2000.

¿El modelo incluido en los contratos petroleros sigue la tendencia mundial o es resultado de experiencias locales previas?

El presente trabajo ha pretendido contextualizar el camino que el Ecuador ha seguido para llegar al modelo actual de solución de controversias en contratos petroleros y debo decir que la cláusula actualmente vigente es 100% consecuencia de la concepción del rol del Estado en esta materia, incluido en la

Constitución, las leyes y reglamentos pertinentes y por último, reflejada en los contratos. El modelo no sigue de manera directa ninguna tendencia internacional. Conforme lo examinado en el capítulo precedente, es evidente que la cláusula de solución de controversias, y especialmente lo relativo al arbitraje, ha sido redactada de manera general de acuerdo a estándares jurídicos internacionales para darle validez, aplicabilidad y estabilidad a las partes involucradas, lo cual es de evidente beneficio para el Estado y la empresa contratista.

¿Tiene este modelo posibilidad de ser replicado o perdurar en el tiempo?

La respuesta a esta pregunta la dará el tiempo. Si se prueba que el modelo planteado es equilibrado y justo para las partes, brindando a través de todas sus alternativas un espacio independiente e imparcial de solución de controversias, considero que el Estado lo replicará en contratos futuros, no solo petroleros sino de todo tipo de industria extractiva, obra pública, entre otros contratos; y las empresas lo aceptarán sin reparo. Dado lo dicho en párrafos previos, considero que gran parte del éxito de este modelo dependerá de la solvencia con la que los jueces resuelvan las complejas causas petroleras que serán puestas en su conocimiento en los próximos años[54].

54. Simplemente a modo de aclaración, indico que las posibles controversias que se generen con las compañías ex operadoras (por liquidación contractual, reversión o cualquier otro concepto) cuyos contratos fueron terminados por la Secretaría de Hidrocarburos entre noviembre de 2010 y febrero de 2011 no se sometan a esta nueva modalidad sino a la fórmula de solución de controversias prevista en los contratos suscritos por esas compañías y consorcios con el Estado Ecuatoriano, por lo que es probable que dichos conflictos, de existir, se ventilen en arbitrajes en sede internacional.

FUENTES CONSULTADAS

- ALM Legal Intelligence, *Arbitration Scorecard Focus Europe 2011*, p. 28.
- ANDRADE CADENA, Xavier, *Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana*, Revista de Derecho Comparado, Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 134.
- BELLÓN GÓMEZ, Ildefonso, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, Madrid 1941, p. 302.
- BLANCO Ileana y Bruce GISIL, *Resolución de Conflictos en el escenario de la industria energética*, 4to Congreso de Integración Energética 2007.
  http://www.bnamericas.com/eic/present/i_blanco.pdf
- BLYSCHAK, Paul Michael, *Access and advantage expanded: Mobil Corporation v Venezuela and other recent arbitration awards on treaty shopping*, Journal of World Energy Law and Business, Volume 4 Number 1 March 2011, Oxford University Press and Association of International Petroleum Negotiators, p. 33.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.
- Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos, entre Gobierno del Ecuador y las compañías Ecuadorian Gulf Oil y Texaco Petroleum, suscrito en agosto de 1973.
- Contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 1, celebrado entre CEPE y Belco Petroleum Ecuador Ltd. en junio de 1985.
- Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16, entre CEPE y las compañías Conoco Ecuador Ltd, Overseas Petroleum and Investment Corp., Diamond Shamrock South America Petroleum y Nomeco Latin America Inc., celebrado en enero de 1986.
- Contrato de Servicios Específicos para el Desarrollo y Producción de Petróleo Crudo en el área Tivacuno de la Amazonía Ecuatoriana entre Petroecuador y Petroproducción y las compañías Maxus Ecuador Inc.,

Overseas Petroleum and Investement Corp., Nomeco Ecuador Oil y Canam Offshore Limited, celebrado abril en 1992.

- Contrato Modificatorio al Contrato de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque 18, entre Petroecuador y las compañías EcuadorTLC, Cayman Internacional Exploration, Petromanabí y Teikoku Oil Ecuador, en octubre de 2008. Cláusula Cuarta.
- Contrato para la Exploración de Petróleo Crudo y Exploración Adicional del Hidrocarburos del Campo Marginal "Bermejo", entre Petroecuador y la compañía Tecpetrol, en julio de 1999.
- Contrato para la prestación de servicios de exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana, celebrado entre CEPE y la compañía Occidental Exploration and Production Company.
- DE LOS SANTOS, Carlos, *El Arbitraje internacional como instrumento de protección de las inversiones en América Latina*, Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico, p. 1. http://www.iberoasia.org/garrigues/arbitraje_internacional_sept06.pdf
- Decreto Ejecutivo número 1823, Presidente Rafael Correa, publicado en el Registro Oficial No. 632 del día lunes 13 de Julio de 2009.
- EASO, Jubilee, *Licenses, concessions, production sharing agreements and service contracts*, Oil & Gas, Globe Law and Business, London, 2009, p. 38.
- FRIEDLAND, Paul, LLANO ODDONE, Rafael, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 89.
- GAMBOA MORALES, Nicolás, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 35.
- ICTSD, *Ecuador finiquita convenio con el CIADI*, Puente Quincenal, Volumen 6, Número 13 del mes de julio de 2009.

- LARREA FALCONÍ, Alfredo, *Arbitration in Ecuador, en International Commercial Arbitration in Latin America*, ICC Bulletin, Special Supplement, 1007, pp. 40 y ss.
- LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, 1997.
- LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
- LEY REFORMATORIA A LA LEY DE HIDROCARBUROS Y A LA LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Disposición Transitoria Primera, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de julio de 2011.
- MONTT, Santiago, *Sate Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart, Publishing, Oregon, 2009, pp. 83-84.
- MORTIMORE, Michael, *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 9.
- PÁRAMO FERNÁNDEZ, Marcelo, *El Arbitraje como Mecanismo de Solución de Controversias en Materia de Energéticos*, Publicaciones CAM, Reporte No. 11, http://www.camex.com.mx/nl11-cont.htm
- ROBALINO, Javier, *Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2009, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje , Quito, 2009, p. 50.
- SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Guayaquil, 2001, p. 31.
- SUAREZ ANZORENA, Ignacio, *Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2011, p. 65, nota al pie 8.
- TALERO RUEDA, Santiago, *Arbitraje Comercial Internacional*, Temis, Bogotá, 2008, p. 388; y RIVERA, JULIO CÉSAR, Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 630.

- THE ECONOMIST, September 24th, 2011, Finance and Economics, Red Bull (Versión iPad).
- TIENHAARA, KYLA, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009.
- UNCTAD, *Latest developments in investor-State dispute settlement*, IIA Monitor, Nº 1, Ginebra Suiza, p. 14.
- WAGNER, Jay, PRIDDLE, Robert, Editors Plexus Energy Ltd. and INCE & Co., *Expropriation of Oil & Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism*, Association of International Petroleum Negotiators, Houston, 2008, p. 12.

Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor *arbitralis*.

María Elena Jara Vásquez[1]

Sumario

1. Aspectos Introductorios. 1.1 Justificación para la formulación del principio favor arbitri o favor arbitrali. El arbitraje desde la perspectiva del derecho de tutela efectiva y el principio de la autonomía de la voluntad. 1.2 El contenido del principio favor arbitri o favor arbitralis. 2. Decisiones sobre el Favor competencial. 2.1 Decisiones sobre la exclusión de la jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral. 2.2 Decisiones sobre la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia. 3. Decisiones sobre el Favor del fallo. 3.1 Favor del fallo y acción de nulidad. 3.2 Favor del fallo y acción extraordinaria de protección. 4. Consideraciones finales.

1. Aspectos Introductorios

El presente artículo analiza a la luz del principio *favor arbitri* o favor arbitralis, pronunciamientos relevantes de la justicia

1. Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito; Especialista Superior en Tributación y Magister en Derecho, con mención en Derecho Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; L.L.M. *in Dispute Resolution por la University of Missouri-Columbia. Becaria Fulbright-LASPAU.* Beneficiaria del *Blackwell Sanders Internship Program* en la *American Arbitration Association*, NYB. Actualmente docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y coordinadora de la Especialización Superior en Derecho de la Empresa de esta misma Universidad y abogada en libre ejercicio. Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito desde 2005.

estatal ecuatoriana en los tres últimos años, sin perjuicio de realizar conexiones con decisiones judiciales anteriores, cuando así sea pertinente. El objetivo final consiste en aportar insumos para la evaluación de los aproximadamente catorce años de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación en el país (LAM).

En lo posterior, el término "justicia estatal", debe entenderse inclusivo de "justicia ordinaria" y "justicia constitucional".

1.1 Justificación para la formulación del principio *favor arbitri* o *favor arbitrali*. El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y el principio de la autonomía de la voluntad

La Constitución de Montecristi recoge el derecho a la tutela efectiva (artículo 75),[2] de una forma más amplia que la Constitución de 1998 (artículo 24, num. 17).[3] Sin desconocer las dificultades para definir los contornos del derecho a la tutela efectiva, al cual se lo ha caracterizado como un derecho complejo, nos referiremos a él como un derecho sustancial autónomo, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir el servicio de administración de justicia y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no del derecho material.[4] La tutela efectiva impone no solamente una serie de garantías pro-

2. Artículo 75, C. E, 2008.- "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será señalado por la ley".
3. "Artículo 24, num. 17, C. E. 1998 .- "Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". Un antecedente relevante para la formulación de este derecho se encuentra en el artículo 24 de la Constitución española de 1978. "1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. ....."
4. Ver Aguirre, Vanesa. "La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y a su situación en el Ecuador". En: ¿Estado Constitucional de Derechos?. Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2009. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala. Programa Andino de Derechos Humanos (compilador). 2010, pp. 13-35. La definición de tutela efectiva que hemos utilizado es una variación de la definición utilizada por Aguirre.

cesales, sino mecanismos adecuados para hacer efectiva la decisión de los juzgadores.

En el arbitraje, un medio de solución de conflictos reconocido inclusive a nivel constitucional,[5] deben respetarse las reglas esenciales del debido proceso[6] y los laudos arbitrales pueden ser sometidos a un proceso de ejecución, en forma similar a la sentencia expedida por jueces estatales. Consecuentemente, como se tiene bien establecido, el arbitraje es una vía idónea para la vigencia del derecho de tutela efectiva.

> "La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predican y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los

5. Art. 190, 1er. inc. C. E: "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir."
6. La necesidad de someter al arbitraje a las reglas del debido proceso no admite discusión. Sin embargo, lo que sí se discute es la posibilidad de hablar de un "debido proceso arbitral", en el cual las garantías esenciales del debido proceso si bien sirvan de límite a la autonomía de la voluntad, puedan ser adecuadas por este principio. Ver SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Arbitraje y Constitución desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional de Perú." En: *Revista Peruana de Arbitraje*. No. 2, Lima: Editorial Grijley, 2006. p. 65, disponible en http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf , 15-X-2010 "...Nada de lo anterior significa que el arbitraje no respete las reglas esenciales del debido proceso, en un marco de preeminencia de la autonomía de la voluntad y el derecho a la libre contratación que privilegia la eficacia, la flexibilidad y la menor rigidez legislativa...El Derecho Comparado nos permite aprovechar las lecciones de dos legislaciones recientes en las que, habiendo optado sus respectivos poderes legislativos por seguir la Ley Modelo CNUDMI-UNCITRAL, han establecido reglas sencillas que contienen la esencia del debido proceso arbitral. Sea la Ley No. 60/2003, de Arbitraje de España, que prevé un artículo especial en el que bajo el título de "Principios de igualdad, audiencia y contradicción" se expresa que debería tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. O sea la Ley No. 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, bajo el título de "Trato equitativo entre las partes", precisa en su artículo 18 que se deberá tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena libertad de hacer valer sus derechos; añadiendo el artículo siguiente ("Determinación del Procedimiento") que, con sujeción a las disposiciones de esa ley especial, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones." Ver también CHEMADES, Bernardo. "El arbitraje en la doctrina constitucional española." En:*Revista Lima Arbitration* No. 1, Lima: Círculo peruano de arbitraje, 2006, en http://www.limaarbitration.net/, 15-X-2011, p.187 "La libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativo, aplicables a todo proceso: audiencia, contradicción e igualdad. Siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual los particulares pueden alcanzar los mismos objetivos que ante la jurisdicción civil, la Ley de Arbitraje exige un procedimiento equilibrado en el que las partes gocen de igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones."

ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo –es el poder legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje– como desde el punto de vista del poder judicial, a través de la posible anulación de un laudo en firme (...) o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros".[7]

En nuestro sistema jurídico, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 17 reconoce que los árbitros prestan el servicio público de administración de justicia.[8] Los ciudadanos pueden acceder al mismo por aceptar expresamente someterse a la justicia arbitral, al amparo del principio de la autonomía de voluntad y del derecho a contratar libremente.[9] En otras palabras, *"cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla."*[10]

Más aún, el arbitraje no constituye solamente un mecanismo idóneo para el ejercicio del derecho de tutela efectiva, sino la posibilidad que tienen los justiciables de escoger si su conflicto es conocido por jueces estatales o por árbitros, que bien pueden ser designados por las partes, es un contenido relevante de tal derecho. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela:

"...a través de mecanismos alternos al del procedimiento judicial, se logra el fin del Derecho como lo es la paz social en

7. Barona Vilar, Silvia, citada por Rodriguez Robledo, María Inmaculada *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. 1era Edición. Barcelona: Bosch, 2010, p. 60.
8. Artículo 17COFJ, 2nda inc.- "... El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público [de administración de justicia], al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades."
9. Artículo 66, num. 16 de la Constitución Ecuatoriana.- "Se reconoce y garantizará a las personas: ... 16. El derecho a la libertad de contratación."
10. Rodriguez Robledo, María Inmaculada. Op. cit. p. 60. La autora cita adicionalmente, la Sentencia de 17-1-2005, del Tribunal Constitucional español, el cual ha sostenido que el derecho a la tutela efectiva "...no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje".

perfecta conjunción con el poder judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por en ende, de la ejecución forzosa de la sentencia.

A esta óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadírsele su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho de tutela jurisdiccional eficaz...En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente el arbitraje."

(Sentencia de 28-II-2008, Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela)

La idoneidad del arbitraje para alcanzar tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, y la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad, traducida para el caso en la opción de los justiciables para diseñar un procedimiento más expedito, mejor adecuado a sus necesidades, e inclusive escoger juzgadores que son más confiables ante sus ojos, justifican, en último término, la formulación del principio *favor arbitrio favor arbitralis*, a cuyo alcance nos referimos posteriormente. Esta justificación trasciende la visión del arbitraje como un instrumento apto para desahogar el sistema de justicia estatal, y consecuentemente, para coadyuvar en la superación de la crisis del mismo, visión que en gran medida motivó la expedición de leyes de arbitraje en Latinoamérica –incluida la ecuatoriana– durante los años noventa. Sin desconocer la utilidad del arbitraje como una alternativa frente a juzgados colapsados, necesitamos dimensionar debidamente a esta institución. Conforme lo anota CAIVANO, interesa pensar en el arbitraje de forma independiente a la crisis de la función judicial, porque la supervivencia del arbitraje es conveniente aún en caso de que tal problema no existiere.[11]

11. Ver CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2da. Edición, Bs. Aires: Ed. Ad-Hoc, p. 30

1.2 El contenido del principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*

Sin entrar en los profundos debates que giran en torno al concepto de "principio jurídico", agudizados en las últimas décadas en el marco de la Teoría del Derecho, destacamos el carácter general inherente a esta categoría jurídica. En efecto, los principios pueden ser entendidos como pautas orientadoras en la formulación y la aplicación de reglas jurídicas, sentido próximo a la célebre definición de ALEXY, de los principios como "mandatos de optimización", es decir, como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, atendiendo las realidades fácticas y jurídicas.[12] Desde esta perspectiva, nos referiremos en lo posterior al principio *favor arbitri* o *favor arbitralis*, como una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal.

El principio en cuestión ha sido considerado como uno de índole institucional, en cuanto *"caracteriza y afecta al arbitraje como institución jurídica"*,[13] junto con los principios de oportunidad y temporalidad. Para algunos, este principio comporta un "blindaje" del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal blindaje no puede entenderse en términos absolutos, pues como se tiene bien establecido, cierto nivel de intervención de la justicia estatal resulta ineludible a fin de salvaguardar los derechos de los justiciables. Desde esta perspectiva, entendemos que el mencionado principio implica no una ausencia de intervención de la justicia estatal, sino una intervención mínima, reducida a lo estrictamente necesario a fin de precautelar los derechos de los ciudadanos.

12. Ver ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 85-86. La noción de los principios como mandatos de optimización ha sido sometida a profundo debate. Ver por ejemplo, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. "Sobre principios y reglas". En: *Revista Doxa* No. 10, Alicante: Universidad de Alicante, pp. 101-120.
13. Ver CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 19.

La doctrina identifica tres importantes elementos del principio *favor arbitralis*:

- Favor competencial,
- Favor del fallo, y
- Favor legal

Los dos primeros, en los que se concreta este estudio, tienen que ver con la actividad jurisdiccional estatal. El tercero, orienta la actividad del legislador, en el diseño de normas que permitan el nivel de intervención estatal estrictamente necesario.

2. Decisiones sobre el favor competencial

Esta faceta del principio *favor arbitri* resulta identificable con el famoso principio *competence-competence*, y acarrea dos importantes consecuencias:

- La exclusión de jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral; y,
- La facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

2.1 Decisiones sobre la exclusión de la jurisdicción ordinaria cuando existe convenio arbitral

Para las partes, el convenio arbitral comporta una obligación de no hacer: no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria,[14] y desplaza la facultad jurisdiccional a los árbitros que las partes designen, o que sean designados conforme a Derecho, quienes, como subrayamos, prestan un servicio público.[15] Para la

14. Para ampliar este punto ver MORALES, María Cristina. "Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario, 2005, p. 697.
15. Ver artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial en supra 9.

justicia ordinaria, por su parte, se genera la obligación de abstenerse de conocer un caso en el cual existe convenio arbitral, efecto negativo del principio *competence-competence*, recogido en el Art. 7 de nuestra LAM.[16] Esta norma consagra adicionalmente el principio *in dubio pro arbitri*, al disponer que en caso de duda, el órgano judicial debe entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje.

La herramienta procesal para precautelar la vigencia del convenio arbitral ante el intento de desconocerlo por una parte, consiste en la oposición de la excepción de existencia del mismo. Al plantearse tal excepción, el juzgador ordinario está obligado a pedir la prueba de la existencia del convenio arbitral y dar por terminado el proceso, en caso de verificar que tal convenio existe, regla plasmada en el artículo 8 LAM.[17] La terminación temprana del proceso fundamentada en la existencia de convenio arbitral es una consecuencia de la falta de competencia del juzgador ordinario, y constituye un régimen excepcional, pues en nuestro sistema procesal, desde 1978, las excepciones dilatorias y las perentorias deben proponerse y resolverse conjuntamente en sentencia, conforme se establece en el artículo 106 CPC.[18]

A pesar de la claridad del artículo 8 LAM, la judicatura ordinaria no siempre admite la excepción de existencia de convenio arbitral para inhibirse del conocimiento de una causa, particular-

16. Artículo 7 LAM.- "El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.
Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días."
17. Artículo 8 LAM.- "... En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales."
18. Artículo 106 CPC.- "Las excepciones y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia." Mediante las reformas introducidas en 1978 al CPC, se derogó en el Ecuador el sistema mediante el cual las excepciones dilatorias se tramitaban previamente. Con relación a este punto ver Cruz Barahona, Armando. Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil, Vol. II. 2da Ed. Quito: Edino. 2001, p.118.

mente en los casos sometidos al procedimiento verbal sumario, vía procesal frecuente para los litigios comerciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 828 CPC.[19] En algunos casos, la justicia ordinaria, ha inaplicadoel artículo 8 LAM, bajo el argumento de que al amparo del artículo 844 CPC (antes 859 CPC), no cabe la suspensión del trámite verbal sumario por ningún tipo de incidente.[20] Sobre este particular, citamos el siguiente fallo de casación, por considerarlo relevante en la materia que estamos analizando:

> "Debe entenderse que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación reformó el artículo 859 (hoy 844) del Código de Procedimiento Civil, en cuanto obliga al Juez ante quien se plantea la excepción señalada a pronunciarse previamente sobre ella y no esperar para hacerlo al momento de dictar sentencia."
> (Resolución No. 261-2003, Primera Sala de CSJ, R.O. 262, 29-1-2004)

Coincidimos con esta consideración, pues de entenderse de otra manera, el procedimiento expedito contemplado en el artículo 8 LAM no tendría eficacia alguna para la solución de conflictos comerciales, para los cuales la vía arbitral es particularmente idónea. Sin embargo, la misma Sala, dentro del mismo fallo, estableció un antecedente que minimizó el efecto de la

19. Artículo 828 CPC.- "Están sujetos al trámite que esta Sección establece [juicio verbal sumario] las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial."

20. Artículo 844 CPC.- "Ningún incidente que se suscitare en este juicio [juicio verbal sumario], sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia." El Dr. Alejandro PONCE, plantea otro caso: Corte Provincial de Pichincha de Quito, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 15-X-2009. En este caso el juez de primera instancia no dio trámite a la excepción de existencia de convenio arbitral, por lo cual la parte que se creyó perjudicada, apeló. La Corte Provincial ordenó que se sustancie previamente el incidente. Acatando esta orden, el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha dio paso a la oposición formulada por la parte demandada, y luego de la prueba, se inhibió de continuar conociendo la causa. Ver PONCE MARTÍNEZ, Alejandro: "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana". En: "La cláusula arbitral", de CAIVANO, Roque, 1era. Edición. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 441.

inobservancia por parte de los jueces ordinarios del mencionado artículo 8 LAM:

> "Es indudable que en este caso se ha producido por lo mismo una violación del trámite que acarrearía la nulidad del proceso que podría declararse aun de oficio, de acuerdo al artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil; pero como este mismo artículo señala, la declaración de nulidad procede cuando la violación del trámite hubiere influido o podido influir en la decisión de la causa, lo cual no aparece en este caso." (el subrayado es nuestro).
> (Resolución No. 261-2003, Primera Sala de CSJ, R.O. 262, 29-I-2004)

De conformidad con esta línea de razonamiento, la inobservancia del trámite previsto en el artículo 8 LAM, y el juzgamiento por parte de los jueces ordinarios de un caso en el que existe convenio arbitral, no influye en la decisión de la causa, y por lo tanto, no acarrea la nulidad de lo indebidamente actuado. Discrepamos con tal criterio. El no observar el procedimiento previsto en el Art. 8 LAM sí genera nulidad procesal, pues, como se ha señalado,

> "el alcance del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional estatal puede ubicarse en el plano de un verdadero impedimento procesal, con el fin de no permitir el avance del proceso jurisdiccional que se inicia para la solución del mismo conflicto previsto para ser resuelto mediante el arbitraje; puede erigirse como una causal de nulidad procesal para eliminar la eficacia del proceso jurisdiccional ya iniciado, o puede constituirse en una convención para finalizar un proceso en curso."[21]

La obligación de los jueces de inhibirse del conocimiento de causas en las cuales el demandado ha opuesto la excepción de existencia de convenio arbitral, constituye una garantía del debido proceso. En esta línea, la Corte Constitucional para el perío-

21. MORALES, María Cristina. op. cit, p. 698.

do de transición, en un pronunciamiento expedido dentro de una acción extraordinaria de protección, con claros efectos pro arbitraje, ha sido contundente en admitir que el hecho de continuar con un procedimiento ante la justicia ordinaria pese a la existencia probada de un convenio arbitral genera una violación del derecho del accionante al debido proceso, pronunciamiento con el cual coincidimos:

> "Una vez que,... se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento" (el subrayado es nuestro)
> (Sentencia 0006-10-SEP-CC, Caso 172-09 EP, R.O. 159-S, 26-V-2010 –caso Cobo vs. Misle Zaidan).

2.2 Decisiones sobre la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia.

En su formulación inicial, bajo la vertiente alemana, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, implicaba una facultad absoluta de los árbitros para decidir sobre su competencia. La formulación más moderna de este principio, ha implicado entenderlo como uno limitado, en el cual los árbitros tienen prioridad temporal para conocer de su propia competencia, sin perjuicio de que posteriormente, las cortes puedan revisar esta decisión.[22]

22. Ver Silva Romero, Eduardo."Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-kompetenz". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario, 2005, p. 580.

En nuestro sistema, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia ha sido reconocida en el artículo 22 LAM,[23] sin que la ley establezca recurso alguno para impugnar tal declaratoria.Adicionalmente, de conformidad con el artículo 31 LAM,[24] norma que establece taxativamente las causales para la procedencia de la acción de nulidad del laudo, la falta de competencia no es causal para la interposición de tal acción, únicomedio de impugnación del laudo arbitral ante la justicia ordinaria posible en nuestra legislación. Esta realidad nacional contrasta con lo que acontece en el Derecho Comparado. Como lo manifiesta CAIVANO, *"...es admitido, casi universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeta a control judicial"*.[25] En esta línea, la Ley Modelo UNCITRAL establece que la procedencia de impugnación frente a la declaratoria de competencia resuelta como cuestión previa.[26] Siguiendo estas pautas, la Ley de Arbitraje peruana de 2008, por ejemplo, consigna la posibilidad de impugnar la admisión o el rechazo de la excepción de falta de competencia por parte del Tribunal.[27] Por

23. Artículo 22, 1er. Inc. LAM.- "Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia."
24. Artículo 31 LAM.- "Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. ..."
25. CAIVANO, Roque, ob. cit., p. 364.
26. Artículo 16 (3) Ley Modelo de UNCITRAL.- "El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable, mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo."
Artículo 6 Ley Modelo de UNCITRAL.-"Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y34 2) serán ejercidas por ... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones]."

su parte, la Ley de Arbitraje colombiana establece la posibilidad de plantear recurso de reposición del auto por el cual el Tribunal resuelva sobre su propia competencia.[28] De lo dicho, se deduce que en la ley ecuatoriana el principio de que son los árbitros quienes deben decidir sobre su propia competencia ha sido acogido con particular fuerza, sin las posibilidades de impugnación que se admiten en otras legislaciones, alejándose en este punto de la Ley modelo de UNCITRAL. Desde nuestra perspectiva, la posición de las leyes que ofrecen algún mecanismo de impugnación de la resolución sobre competencia garantiza de mejor manera el derecho de las partes a ser juzgado por el juez que le corresponde, y es un punto a considerarse para una próxima reforma.[29]

A continuación, exponemos algunos pronunciamientos de la justicia estatal que desde nuestro punto de vista atacan esta faceta del favor competencial:

Caso a). Atribución de facultades por parte de la justicia estatal para evaluar la eficacia del convenio arbitral

En este sentido, encontramos la Res. 151-2008 (R.O. 224-S, 29-VI-2010) de la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia,[30] pronunciándose dentro de un recurso extraordinario de casación:

27. Artículo 41, Ley de Arbitraje peruana.- "Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.- ...4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. 5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia."
28. Artículo 147, num. 2, Ley de Arbitraje colombiana.- "2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición."
29. La ausencia de mecanismos legales para la impugnación de la decisión de los árbitros sobre competencia ha generado el uso de otras alternativas, como juicios de competencia o acciones extraordinarias de protección (frente a la declaratoria de incompetencia), cuya pertinencia es absolutamente debatible.
30. Hoy Corte Nacional de Justicia.

"3.6.2. ... es evidente que las partes no establecieron inequívocamente, entre otras circunstancias, quien o quienes debían resolver las divergencias, ni tampoco las reglas de procedimiento que regularían el arbitraje –si es que esa era su intención–, ni el caso en que nunca llegaren a ponerse de acuerdo en nombrar la terna de tres árbitros, razones demás suficientes para considerar que las provisiones contractuales previstas por las partes en los numerales 3.3 y 3.4 del convenio de 9 de abril de 1999, resultan inoperantes e inejecutables al momento de pretender someter los desacuerdos a la resolución del Ing. P. y/o de tres "árbitros" nombrados de mutuo acuerdo. (...) 3.7. Por lo analizado hasta aquí, esta Sala llega al convencimiento de que en la especie no existió convenio arbitral en términos que hicieren viable y ejecutable un eventual proceso ante árbitros respecto de la interpretación, ejecución e incumplimiento del Convenio de 9 de abril de 1999, por lo cual se desechan los cargos basados en las normas cuya violación se alega y fundamenta la causal 2 del Art. 3 de la Ley de Casación."

En este fallo, la Corte Nacional de Justicia convalidó lo actuado en instancias inferiores, en las que se desatendió la excepción de existencia de convenio arbitral, lo que motivó que la Corte Constitucional admita la acción extraordinaria de protección resuelta mediante Sentencia 0006-10-SEP-CC, Caso 172-09 EP, (R.O. 159-S, 26-V-2010) a la que se hizo previa referencia. En este fallo la Corte Nacional violenta el principio *competence-competence* cuyo efecto es permitir a los árbitros *"resolver cualquier controversia relativa a la existencia, a la validez o al alcance del contrato de arbitraje."*[31]

Caso b). La resolución favorable dentro de un juicio de competencia en el que un juez ordinario pedía la inhibición de un tribunal arbitral

Al respecto, es interesante revisar la Sentencia de 31-VIII-2011, expedida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

31. Ver Silva Romero, Eduardo, op. cit, p. 581.

En este caso, la parte que se sintió afectada por la calificación de una demanda por parte de la Directora del Centro de Arbitraje y posterior declaratoria de competencia de un Tribunal Arbitral, inició un juicio de competencia que en sorteo correspondió a la Jueza Vigésimo Tercera de Pichincha, quien anunció su competencia al Tribunal Arbitral, y pidió que se excluya del litigio arbitral a la parte que inició el juicio de competencia. Por su parte, el Tribunal rechazó tal pedido con base en el Art. 190 de la Constitución –norma previamente citada–, en el carácter especial de la LAM y en la vigencia del principio *competence-competence*. Siguiendo el procedimiento establecido en el CPC, el expediente pasó a conocimiento de la Corte Provincial de Pichincha, que se pronunció de la siguiente manera

> "PRIMERO.- Aceptar la postura del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, demandado, pugna con el organigrama jurídico institucional vigente en El Ecuador, pues la Constitución y la Ley, si bien les faculta la implementación y ejercicio de medios alternativos de solución de conflictos, que se remiten a los artículos 169, 190 de la Constitución de la República, 8, 17, 22 y más de la Ley de Arbitraje y Mediación, no les ha otorgado condición de Estado paralelo, exento del control de legalidad por parte de los Tribunales Ordinarios, pues de acuerdo con las normas que citan, todos los procedimientos y facultades son "de conformidad con la ley". Siendo como son jueces convencionales, son de aquellos contemplados en el Art. 17 del Código de Procedimiento Civil, que funcionan bajo las normas de una Ley especial como es la Ley de Arbitraje y Mediación, que ciertamente le autoriza a resolver sobre su propia competencia, (Art. 22 de la Ley de la materia), lo que no equivale a la derogatoria otras instituciones y acciones independientes y autónomas. Por tanto de ninguna manera pueden desconocer y menos desatender a los procesos correlativos a su ejercicio jurisdiccional.- SEGUNDO.- ...Dicha Ley [LAM], no dice, que éstos tribunales están exentos, de tales procedimientos [juicios de competencia], por tanto en una aplicación técnica del ordenamiento jurídico vigente, rige el mandato del artículo 8 del Código Civil, que

> dispone "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley"... Si en la Ley de Arbitraje y Mediación, no se encuentra prevista la forma de proceder en relación con LOS JUICIOS COMPETENCIA, (acción independiente) la lógica jurídica determina que ha de procederse en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil. ...Considerando que es la Constitución de la República la que debe ser aplicada, sobre cualquier norma de inferior jerarquía, y siendo garantía del debido proceso, el derecho a no ser demandado son ante el juez de su fuero, que redunda en la necesidad procesal de asegurar la competencia del juez para pronunciarse sobre la especie que ha de juzgar, y no habiéndose sometido contractualmente a su fuero,... ADMINISTRANDO JUSTICIA... se excluye de la competencia del Tribunal Arbitral demandado el tratamiento de la especie sometida a proceso, en la parte que corresponde a HCR, pudiendo pronunciarse libremente en cuanto cobija el convenio arbitral".

Desde nuestra perspectiva, esta sentencia de la Corte Provincial de Pichincha conlleva una abierta violación del principio *competence-competence,* pues está atribuyéndose una facultad que la ley reserva a los árbitros. Las formas de impugnación admisibles en materia arbitral deben ser las contemplada en la Ley especial sobre la materia. La LAM no ha previsto la posibilidad de entablar acciones de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral o viceversa. Si lo hiciere, la eficacia del arbitraje sería absolutamente menoscabada. Coincidimos en este punto con Guillermo LOHMAN LUCA DE TENA,[32] quien rechaza la posibi-

32. LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. *"Interferencia judicial en los arbitrajes"*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 1, Lima, 2005 , p. 276 . Este autor concluye lo siguiente: "el Código Procesal Civil no autoriza el conflicto de competencia por inhibición sino solamente entre Juzgados iguales ... o entre Salas Superiores de distinto territorio. Es impensable el conflicto de competencia positivo (inhibición) entre órganos judiciales de distinta jerarquía o entre uno de estos y una institución jurisdiccional no judicial". En la misma línea, rechazando el pronunciamiento de la Corte Provincial de Pichincha se pronunció también Rodrigo Jijón, en la conferencia que tuvo lugar en el IV Seminario Internacional de Arbitraje, organizado por la Procuraduría General del Estado, en octubre de 2011. En contra, ver Alejando PONCE MARTINEZ.Op. Cit., p. 437 :"No puede desconocerse que el arbitraje está sujeto a control jurisdiccional y que una forma de control es la de recurrir a los jueces competentes para que decidan, previamente, si una persona que alega no haberse sometido a arbitraje, debe ser parte o no en un proceso arbitral. Esta es la contrapartida a la obligación de los jueces de inhibirse en los casos en los cuales hay una cláusula compromisoria...Esta posibilidad no viola el principio de que los árbitros deciden sobre su competencia, puesto que los jueces, en el caso propuesto, se limitan a

lidad de entablar juicios de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral, y viceversa.

En otro caso, ante el planteamiento de juicio de competencia frente a un tribunal arbitral, la judicatura ordinaria se abstuvo de continuar con el trámite.[33] Si bien estas son buenas noticias, llama la atención el inicio de nuevos juicios de competencia que se registran actualmente frente a tribunales arbitrales. Ante esta realidad, una posible reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación debería contemplar expresamente la imposibilidad de proseguir juicios de competencia.

Caso c). Medidas cautelares constitucionales orientadas a impedir que un tribunal arbitral se pronuncie sobre su competencia

Mediante providencia de 9-XII-2010, del Juez Suplente encargado del Juzgado Octavo de Garantías Penales del Guayas, en funciones de juez constitucional, ordenó al Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito la suspensión de un proceso en la etapa pre-arbitral, al resolver una petición de medidas cautelares constitucionales.

El argumento del accionante en este caso fue que se le estaba obligando a comparecer a un juicio arbitral sin que exista cláusula para ello, y por esta razón, se estaba violando sus derechos a ser demandado en su domicilio, libertad de contratación y buen nombre. Sorprendentemente, la judicatura estatal admitió estas razones. Desde nuestra perspectiva, esta decisión desconoce abiertamente el principio *competence-competence*, pues se dirige a impedir que un tribunal arbitral se pronuncie sobre su

excluir a una persona de la jurisdicción convencional según los principios constitucionales de que 'corresponde a la autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes' y de que 'nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto' (Art. 76, 1 y 76, y, k)".

33. Rodrigo Jiménez, en el mencionado IV Seminario Internacional de Arbitraje, cita al caso Socyetiseg vs. Repsol, en el cual, después de la contestación del Arbitro Único, el Juez ordinario procedió a abstenerse de tramitar el caso por incompetencia de su parte.

propia competencia. Más aún, tal acción constituye un abuso de la figura de medidas cautelares, pues de ninguna manera puede considerarse que el proseguir con un proceso arbitral, en el cual el tribunal está obligado a analizar el convenio, implique una amenaza a un derecho constitucional, a cuyo impedimento está orientada la acción de medidas cautelares constitucionales.[34] En este caso, se ha negado la solicitud de revocatoria planteada por el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. La parte afectada por la decisión del juez, interpuso una acción extraordinaria de protección, sin que al momento de entrega de este artículo se conozca los resultados de esta acción. Este caso amerita particular seguimiento.

3. Decisiones sobre favor del fallo

Esta arista del principio *favor arbitralis* tiene relación con la limitación del control que la justicia estatal puede realizar sobre laudos arbitrales. Tal control se produce mediante dos instrumentos: la acción de nulidad de laudos arbitrales, que es conocida por el Presidente de la Corte Provincial competente, y la acción extraordinaria de protección, que es conocida por la Corte Constitucional. A continuación, nos referiremos a pronunciamientos relevantes recientes en cada uno de estos campos.

34. Artículo 87 CE.- "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho."
Artículo 26 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional- "Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad."

3.1 Favor del fallo y acción de nulidad

Un análisis de los resultados de las acciones de nulidad nos lleva a la conclusión de que en el medio jurídico ecuatoriano, la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral es una situación absolutamente excepcional.[35] Esto es en principio, muy favorable para el desarrollo del arbitraje. Sin embargo, adentrándonos en el tema, nos encontramos frente a una absoluta indefinición del proceso a seguirse al plantear una acción de nulidad. La obscura redacción del artículo 31 de la LAM ha generado una serie de interrogantes, frente a las cuales se han producido pronunciamientos contradictorios de las altas Cortes. Los justiciables no conocen con certeza el procedimiento de impugnación de laudos arbitrales que debe ser observado, y adicionalmente, el tiempo para que un laudo surta efectos definitivos puede tomar varios años. A continuación, haremos referencia a las respuestas que se han dado desde la justicia estatal a importantes preguntas con relación al trámite de impugnación de laudos vía acción de nulidad:

a) El trámite que debe observar el Presidente de la Corte Provincial que conoce la acción de nulidad ¿es ordinario o especial?

Sobre este asunto han existido pronunciamientos contradictorios. En varios casos la hoy Corte Nacional de Justicia admitió que el trámite a seguirse era uno especial,[36] posición a la que nos

35. Diego Romero, en el IV Seminario Internacional de Arbitraje, presentó la siguiente información: el total aproximado de arbitrajes en Quito en el periodo 2008-octubre de 2011 fue de 600 casos. De éstos, se han planteado aproximadamente 54 acciones de nulidad, habiéndose admitido la nulidad en apenas un 1%.

36. Por ejemplo, en la Res. 242-2007, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: "3.2. El procedimiento especial de la acción de nulidad del laudo arbitral se encuentra establecido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que se publicó en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997 y cuya codificación vigente se publicó en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006, y su objetivo no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral (literales a), b), c) y e), Art. 31 Ley de Arbitraje y Mediación) y/o determinar si la resolución arbitral fue o no extra o ultra petita (literal d, ibidem) lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"

adherimos porque de otra manera no puede alcanzarse el objetivo de celeridad que prima en la justicia arbitral, y concretamente, el término de treinta días previsto en el artículo 31 LAM para que exista resolución al plantear acciones de nulidad de laudos arbitrales.[37] Sin embargo, por algún tiempo se impuso la tesis de que el trámite a seguirse era el ordinario, como lo sostuvo la misma Corte,[38] con fundamento en el artículo 59 del CPC.[39] Posteriormente, la Corte Constitucional en el año 2009, se pronunció reconociendo el carácter especial del procedimiento que debe seguirse en la tramitación de la acción de nulidad del laudo arbitral, al resolver la solicitud de inaplicabilidad del artículo 59 del CPC planteada por el Presidente de la Corte Superior:

> "La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial"
> (Res. No. 0008-2008-DI, R.O. 605-S, 4-VI-2009)

37. Artículo 31 LAM: "...Presentada la acción de nulidad, el árbitro o Tribunal Arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la Corte Superior de Justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa..."
38. Un caso emblemático al respecto es el caso Pacificel S.A. vs. Negocios y Telefonía NEDETEL S.A. En este caso, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: "...esta falta de determinación del trámite que debe darse al proceso que se origina en la acción de nulidad del laudo arbitral es suplida por el artículo 59 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil..." (Res. de Recurso de Hecho en juicio 107-07, 20-VIII-2007, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia)
39. Artículo 59CPC.- "Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario".

b) ¿Cabe apelación de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial?

También sobre este punto, existen pronunciamientos contradictorios. Revisamos los más recientes:

- En la sentencia que expidió la Sala principal de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, Exp. 327-2009, caso MASGAS vs OILCORP, la Corte afirmó que dentro del proceso de nulidad arbitral deben agotarse dos instancias antes de acudir a casación. Recordó que el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial –hoy sustituida por el Código Orgánico de la Función Judicial– establecía con claridad que la primera instancia estaba a cargo del Presidente de la Corte Provincial de Justicia y la segunda instancia a cargo de una Sala de la Corte Provincial de Justicia.[40] En ausencia de tal norma, razonó la Corte, debe tenerse en cuenta la exigencia de doble instancia como garantía básica del debido proceso, al tenor de lo dispuesto en el Art. 76, num. 6to, lit. m) de la Constitución y en el Art. 8, num. 2, lit. h) del Pacto San José de Costa Rica.
- Por otro lado, en la sentencia que expidió la Sala de Conjueces de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, Exp. 124-2008, caso ASEC vs MINISTERIO DE TURISMO, la Corte realizó un razonamiento diametralmente opuesto. Los principales argumentos que sostuvo son los siguientes:

    - Los artículos 30 y 31 LAM, no establecen posibilidad de apelación de fallo de Presidente CPJ. Un estudio histórico de la norma tampoco revela esta intención.

40. La Ley Orgánica de la Función Judicial fue derogada y sustituida por el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 9-III-2009). El antiguo Art. 24 de la ley derogada decía "Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existieren más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá el conjuez correspondiente."

- La interpretación de la normas que regulan la acción de nulidad debe ser de tipo restrictiva sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de conflictos.
- El proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.
- El recurso de casación, permite que se cumpla la garantía de doble instancia en juicios de nulidad de laudos arbitrales y en otros juicios de instancia única.

La interpretación de la Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia si bien aligera el trámite que la Sala principal había establecido, todavía es cuestionable. Como se tiene bien establecido en doctrina, la garantía de doble instancia no tiene carácter absoluto,[41] y el legislador bien puede establecer ciertos procedimientos excepcionales de instancia única. Si la LAM no contempla la posibilidad de plantear recurso de casación, la interpretación de tipo restrictivo que la Sala de conjueces invoca, conduce a negar la admisibilidad de tal recurso, lo cual nos lleva a la siguiente interrogante.

c) ¿Cabe casación en el procedimiento de impugnación de laudos arbitrales?

Como hemos visto, la Corte Nacional en sus fallos recientes no cuestiona la procedencia del recurso de casación de las sen-

41. Ver por ejemplo Sentencia C-542/10, 30-VI-2010, de la Corte Constitucional colombiana: "El principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, 'pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad'. Así, pues, es facultad del legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y cuáles no, salvo en los casos en que la Constitución haya dispuesto expresamente lo contrario como es el caso de la impugnación de la sentencia condenatoria y de las decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela".

tencias del Presidente de la Corte Superior, y es más, lo considera indispensable para la vigencia de la garantía del doble conforme. Esta es una línea de razonamiento opuesta a pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia, que rechazaba la procedencia de recursos de casación en juicios de nulidad de laudos arbitrales bajo el argumento de que los juicios de nulidad no constituyen procesos de conocimiento, siendo por tanto, no casables las sentencias en ellos expedidas, según el artículo 2 de la Ley de Casación.[42] La siguiente sentencia resume tal línea de razonamiento:

> "En la especie, el auto de 18 de junio del 2001, dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, no es una sentencia definitiva que ponga fin a un proceso principal, por el contrario se trata de un recurso incidental que pretende anular la validez o eficacia de un laudo arbitral al que se han sometido en forma voluntaria las partes procesales que aún en el evento de admitirse esta acción no extingue el vínculo de la obligación principal. Al respecto, esta Sala ha emitido criterio respecto a que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la función judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje..."
> (Res. 401-2001, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 562, 24-IV-2002)

La definición de este aspecto requiere una respuesta definitiva por parte de la judicatura nacional. Lo lógico es que se respete el procedimiento de impugnación previsto en la Ley de

42. Artículo 2 Ley de Casación.- "Procedencia.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo."

Arbitraje, que contempla exclusivamente una acción de nulidad. Lo que importa, por lo tanto, es la revisión de las causales de nulidad, teniendo presente que no cabe un examen de fondo del laudo.

3.2 Favor del fallo y acción extraordinaria de protección

La Constitución de 2008 introdujo en nuestro sistema la acción extraordinaria de protección, que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.[43] Según el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la procedencia de esta acción está supedita a que confluyan tres requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular (en el caso de particulares que prestan servicios públicos, como el caso del arbitraje, según hemos destacado); y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

A raíz de la entrada en vigencia de la Constitución se plantearon varias preguntas en la materia que nos interesa: ¿Cabe la interposición de una acción extraordinaria de protección respecto de laudos arbitrales? ¿Cabe, con relación a sentencias del Presidente de la Corte Provincial, que resuelven acciones de nulidad de laudos arbitrales? ¿Cuál es el proceso que debe agotarse antes de interponer una acción de esta naturaleza, en la materia de estudio?

Al respecto, teniendo los laudos arbitrales los mismos efectos que una sentencia dictada por jueces ordinarios, se han plan-

43. Artículo 94 CE.- "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interponderá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

teado ya varias acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales, y la Sala de Admisiones de la autoproclamada Corte Constitucional ha admitido algunas de estas, aunque hasta el momento no haya resoluciones de fondo. Si se analizan varios de los autos de esta sala de admisiones, desde nuestra perspectiva no queda del todo claro la línea de distinción entre asuntos de "mera legalidad" –que determinan el rechazo de la acción– y casos que sí representan una vulneración de derechos constitucionales en el razonamiento de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional para el período de transición.

En relación al procedimiento que debe agotarse para admitir una acción extraordinaria de protección, es interesante el siguiente pronunciamiento de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición dentro de la causa 1585-10-EP, MEGADATOS Cía. Ltda. contra Corporación Ecuatoriana de Información y Cultura ECUACULTURA, auto de 11-III-2011:

> " CUARTO.- Del análisis del libelo de demanda y de la revisión del proceso, la Sala observa que el recurrente no ha agotado los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para este tipo de procesos, como tampoco ha demostrado que tales recursos sean ineficaces o inadecuados, o que la falta de interposición no se deba a su negligencia. Al efecto la Ley de Arbitraje y mediación prevé el recurso de nulidad de los laudos, cuando se han cumplido las condiciones allí establecidas".

La sala plantea confusamente como recurso a la acción de nulidad. En el fondo, lo que sostiene es que deben agotarse todos los mecanismos de impugnación posibles. De este pronunciamiento se infiere que el examen de la Corte se restringiría a los vicios del laudo que motivan la acción de nulidad, fundamentalmente vicios *in procedendo*, pero el asunto no es absolutamente claro. En este punto se requiere, definitivamente, mayor esclarecimiento.

4. Consideraciones finales

Este documento no ha pretendido de ninguna manera agotar la discusión con relación a los temas planteados, sino favorecer el debate de los mismos a través de la revisión de los pronunciamientos de la justicia estatal que quedan citados. Cabe concluir lo siguiente:

1. Es evidente que la relación arbitraje–justicia estatal ecuatoriana experimenta tensiones. Sin embargo, al final, el saldo sobre la vigencia del principio *favor arbitralis* es positivo: el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el caso Cobo vs. Misle Zaidán es particularmente relevante desde la perspectiva del favor competencial; y el bajo número de nulidades arbitrales aceptadas, es importante desde la perspectiva del favor del fallo. Los problemas más complicados están dados por la falta de un procedimiento claro con relación a la acción de nulidad y por la falta de certidumbre sobre el alcance del pronunciamiento que la Corte Constitucional puede tener sobre acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales.
2. Desde nuestra perspectiva es necesaria una reforma legal que aclare varios aspectos sobre la práctica que se está presentando: No caben juicios de competencia desde la justicia ordinaria a la arbitral (y viceversa); una posibilidad clara de impugnación de la decisión de competencia de los árbitros debe ser incluida; y nuevamente, el procedimiento de la acción de nulidad debe ser detallado.
3. El uso que se ha hecho hasta el momento de medidas cautelares constitucionales a fin de suspender procedimientos arbitrales ha sido abusivo. La Corte Constitucional debería reversar esta situación.
4. La posibilidad de escrutinio constitucional de los laudos requiere mayores certidumbres. La motivación de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional en período de transición es escasa e inclusive contradictoria en los

autos de admisión de acciones extraordinarias de protección que involucran laudos arbitrales. Las sentencias que expida esta Corte en las acciones de protección que se encuentran en trámite deben ser materia de especial análisis.

El Artículo 422 de la Constitución y su Incidencia en el Arbitraje Internacional

Mario Alejandro Flor

Sumario

1. Introducción. **2.** Los artículos constitucionales relativos a arbitraje del sector público, ¿existe contradicción? **3.** Similitudes con otras norma jurídicas que se refieren al sometimiento a jurisdicción distinta de la ecuatoriana. **4.** Conclusiones.

1. Introducción

La nueva Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008[1], reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. En lo que tiene que ver con el arbitraje en general y el arbitraje del sector público en particular, dice el artículo 190 de la Constitución lo siguiente:

> "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.
>
> En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."

1. Constitución de la República del Ecuador (vigente). Publicada en el Registro Oficial 499 de 20 de Octubre de 2008.

Por su parte, el artículo 422 de la Constitución del 2008, al referirse a las limitaciones a la celebración de tratados o instrumentos internacionales, señala lo siguiente:

> "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
>
> Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia
>
> En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional"

Como consecuencia de la promulgación de la Constitución del 2008, a inicios del año 2010, el Presidente de la República solicitó a la Corte Constitucional emita un dictamen favorable para la denuncia de trece acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs) –con Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido e Irlanda, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos de América–, ello como un paso previo para que la Asamblea Nacional proceda a dar trámite a la aprobación de dicha denuncia de conformidad con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución y del 4 del artículo 112 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Dicha solicitud va de la mano con la denuncia y terminación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –CIADI–[2] ejecutada

2. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados entró en vigencia en Ecuador al expedirse el Decreto Ejecutivo 1417-B de 6 de abril de 2001 con el que se ratificó dicho convenio.

mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 expedido por el Presidente de la República el 2 de Julio de 2009.

La Corte Constitucional, a mediados del año 2010 dictaminó favorablemente para continuar con dicho trámite de denuncia de ciertos convenios, por considerar que los artículos relacionados con el sometimiento del Estado ecuatoriano al arbitraje internacional para la solución de conflictos, contenidos en varios TBIs suscritos por el Ecuador, van en desmedro del artículo 422 de la Constitución.

2. Los artículos constitucionales relativos a arbitraje del sector público, ¿existe contradicción?

La solicitud de denuncia de los TBIs y las decisiones de la Corte Constitucional antes referidas ciertamente buscan evitar que el Estado ecuatoriano continúe sometido a la resolución de las diferencias provenientes de inversiones extranjeras a instancias de arbitraje internacional.

Dichos TBIs se constituyeron, en las últimas décadas, en instrumentos del Derecho Internacional destinados a promover flujos internacionales de capital mediante el establecimiento de ciertas protecciones a fin de mitigar riesgos políticos cuando inversionistas internacionales hacen negocios en países distintos a su país de origen. La Corte Constitucional, al hacer el análisis de constitucionalidad de varios de estos convenios, consideró que los mismos constituyen un tipo especial de contrato suscrito entre dos Estados para asegurar una efectiva protección al inversionista extranjero por parte del Estado receptor, que en la práctica ha significado que los beneficios vayan en gran medida a los países inversionistas o de origen de capital. Es interesante, sin embargo, que por una parte, no se haya presentado –al menos hasta donde yo conozco– una solicitud de denuncia de

convenios bilaterales con otros países que contendrían cláusulas similares a las analizadas por la Corte Constitucional en sus recientes dictámenes, y por otra, que el Estado ecuatoriano continúe reconociendo y suscribiendo cláusulas arbitrales internacionales en contratos suscritos con inversionistas, algunos de los cuales no tienen origen latinoamericano.

Por ello, surgen algunas preguntas: ¿Existe contradicción entre los artículos 190 y 422 de la Constitución? ¿Quiere esto decir que el Estado ecuatoriano reconoce el arbitraje del sector público, pero cuando se trate de controversias contractuales o de índole comercial de las que sea parte el Estado, únicamente podrá acordar arbitraje local o a lo sumo arbitraje regional, y en este último caso para dar solución a controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica? ¿Qué ocurre con las controversias con ciudadanos y empresas de otros países del mundo con los que el Ecuador tiene relaciones comerciales?

Para intentar contestar a estas preguntas, comencemos con un análisis más detallado del artículo 422 de la Constitución:

En el primer inciso la Carta Magna expresa que no se podrá celebrar ningún tipo de tratado o convenio internacional mediante el cual el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias de índole comercial o contractual. Por lo tanto, este inciso se limita a establecer que será inconstitucional todo convenio o tratado internacional por el que el Estado ceda la jurisdicción soberana, afectando de este modo la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado, a instancias de arbitraje internacional en conflictos contractuales o comerciales, que se susciten con personas naturales o jurídicas privadas.

El segundo inciso, expresa que se exceptúan de lo dispuesto en el primer inciso ya mencionado, aquellos tratados e instrumentos internacionales que establezcan la jurisdicción arbitral para solucionar conflictos que surjan entre el Estado ecuatoriano

y ciudadanos latinoamericanos. En dicho caso, estos tratados deberán contemplar una jurisdicción arbitral regional. No queda claro, sin embargo, si dentro del término "ciudadanos en Latinoamérica" quedan incluidas personas jurídicas creadas al amparo de las legislaciones de los países latinoamericanos.

El tercer inciso del artículo expresa claramente que el Estado ecuatoriano "promoverá", dentro de controversias relacionadas a deuda externa, soluciones arbitrales en relación al origen de la deuda, y en relación a los principios de equidad, transparencia y justicia internacional.

Mis comentarios sobre dicho texto, a continuación:

(i) El primer párrafo del artículo 422 de la Constitución de la República establece que "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas". Aunque no existe una definición en la legislación ecuatoriana para el término "instrumento internacional", deberemos entender que este término se refiere precisamente a los acuerdos internacionales suscritos por el Estado con otros Estados, gobernados por el derecho internacional (siguiendo la definición de tratado establecida en la Convención de Viena sobre los Tratados). Tal es el caso de los TBIs.

(ii) En este contexto, cabe señalar que el artículo 422 de la Constitución se encuentra en el Capítulo II "Tratados e Instrumentos Internacionales" del Título VIII "Relaciones Internacionales". Dicho capítulo se refiere básicamente a los tratados ratificados por Ecuador y a la necesidad de que éstos se encuentren sujetos a la Constitución. Tengamos en cuenta que el primer párrafo del artículo 418, que también se encuentra en el mismo

capítulo, establece que, en su calidad de representante del Estado, el Presidente de la República es competente para firmar o ratificar los tratados internacionales y otros instrumentos internacionales y el artículo 419 establece en qué casos la ratificación o denuncia de dichos tratados requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional. Claramente estos artículos constitucionales se refieren a los convenios suscritos por el Estado con otros Estados y regidos por el derecho internacional.

(iii) El artículo 422 de la Constitución busca rechazar los tratados y convenios internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales internacionales, es decir que el Estado no podría, mediante la celebración de un tratado internacional, dejar de reconocer la facultad de administrar justicia por parte de los tribunales y cortes ecuatorianos en beneficio de una jurisdicción arbitral internacional en controversias contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas. A mi modo de ver, este texto evidencia la posición de Ecuador, como Estado soberano, de no suscribir convenios internacionales en los que el Gobierno anticipada e indiscriminadamente otorgue un consentimiento general para someter cualquier diferencia de carácter contractual o comercial a arbitraje internacional, en detrimento de la jurisdicción local. La razón detrás de esto, como yo lo veo, es que los TBIs suscritos antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, son convenios internacionales por los que el Ecuador hizo una renuncia a priori a su jurisdicción soberana a favor de tribunales arbitrales internacionales, sin el beneficio de discutir con el inversionista extranjero los términos y condiciones en cada caso y sin conocer de antemano cuáles son los asuntos específicos que se someterán a arbitraje, constituyéndose así en una suerte de cláusula compromisoria general, o por lo menos una oferta arbitral unilateral e irrevocable, pero sujeta a la elección y aceptación

del inversionista extranjero–. Esto, que según la Corte Constitucional, no transgredía ninguna norma constitucional cuando se encontraban vigentes las Constituciones de 1979[3] codificada en 1993 y la de 1998[4], contraviene el actual texto constitucional.

(iv) No considero que los contratos de inversión u otros instrumentos contractuales puedan considerarse incluidos en el término "instrumentos internacionales" según lo referido en el artículo 422. El Estado ecuatoriano ha suscrito y es parte de diferentes tipos de contratos con personas naturales y jurídicas privadas (por ejemplo: contratos de concesión de servicios públicos, contratos de explotación de recursos naturales, contratos de ejecución de obras públicas, etc.) que no podrían ser considerados "instrumentos internacionales" en el sentido al que se refiere el artículo 422, por el solo hecho de que la contraparte del Estado en dichos contratos sea un inversionista internacional.

(v) No olvidemos que el arbitraje internacional se encuentra reconocido en la legislación local y continua siendo un mecanismo alternativo de solución de controversias.

El Artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación[5] se refiere expresamente a este tema cuando señala:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:
>
> a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;

3. Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.
4. Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto de 1998.
5. Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de Septiembre de 1997.

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad."

Por su parte el Artículo 42 de la mencionada Ley, establece que

> "El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.
>
> Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.
>
> Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.
>
> Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

> Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional."

El arbitraje es una institución de origen contractual, las partes pueden ellas mismas acordar las reglas de procedimiento, delegar esta función a los árbitros designados o someterlas a las reglas y procedimientos de la institución arbitral que hayan escogido. Bajo esta perspectiva, las normas jurídicas antes citadas permiten que el Estado exprese su consentimiento a dichos arbitrajes internacionales en casos específicos, sin que ello, a mi modo de ver, implique una cesión o renuncia a jurisdicción soberana.

(vi) El principio general que rige el arbitraje sigue siendo el mismo: todo asunto en el que se pueda transigir es un asunto que puede ser sometido a arbitraje, lo cual se encuentra recogido en el artículo 190 de la Constitución y en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El Estado no se encuentra excluido de la posibilidad de pactar arbitraje, tanto local como internacional y hasta arbitraje extranjero, previo cumplimiento de las formalidades y requisitos previstos en la Constitución y la ley.

3. Similitudes con otras normas jurídicas que se refieren al sometimiento a jurisdicción distinta de la ecuatoriana

El artículo 14 de la Constitución Política del Ecuador que estuvo vigente desde el año 1998 hasta el año 2008, establecía que aquellos contratos celebrados entre la República del Ecuador con personas naturales o jurídicas extranjeras, dentro del territorio ecuatoriano, no podían sujetarse a una jurisdicción diferente a la ecuatoriana salvo que exista un convenio internacional.

Por lo tanto, solamente se podían someter a una jurisdicción extraña a la ecuatoriana, aquellos contratos que se celebraban fuera de la República del Ecuador.

A la luz de las disposiciones vigentes a la fecha, cabe hacer una breve diferenciación de carácter conceptual.

En primer lugar, la reclamación diplomática mencionada en la actual Constitución (que igualmente estaba referida en la anterior Constitución), y en el artículo 128 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se refiere a un acto de gobierno mediante el cual determinado Estado –o eventualmente un sujeto de Derecho Internacional Público en general– reclama por los intereses de un nacional frente a otro Estado u otro sujeto de Derecho Internacional. Manuel Diez de Velasco la define como *"...la acción que ejerce un sujeto de Derecho Internacional – de estructura estatal o no – respecto a otro sujeto de Derecho Internacional a favor de ciertos individuos que tiene ligámenes por el."*[6]

El artículo 307 de la actual Constitución expresa:

"Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático."

El artículo 128 del Código Orgánico de Planificación Y Finanzas Públicas, expedido en el 2010[7], expresa:

> "Renuncia a reclamación diplomática.- Todo contrato o convenio de deuda pública, celebrado por extranjeros domiciliados o no en el país, sean personas naturales o jurídicas, con la República del Ecuador o con las demás entidades del sector público, lleva implícito la condición de renuncia a toda

6. Manuel Diez de Velasco. Instituciones de Derecho Internacional Público. Tomo I. Editorial Tecnos. Madrid, 1976, p. 334.
7. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Registro Oficial – Suplemento- No. 306 de fecha 22 de octubre de 2010.

reclamación por vía diplomática, aunque se suscriban fuera del territorio ecuatoriano."

Ambas normas señalan que todo contrato o convenio celebrado con una entidad extranjera, dentro o fuera del territorio ecuatoriano, lleva implícita la condición de renuncia a toda reclamación diplomática. Los citados artículos nada dicen respecto de la prohibición de sometimiento a jurisdicción extraña; aquellas disposiciones referentes a la jurisdicción aplicable a ciertos actos o contratos celebrados entre sujetos de Derecho Público, las cuales son normas de carácter jurídico administrativo, se rigen por normas y acuerdos específicos que regulan la jurisdicción de dichos actos o contratos.

A este respecto, el artículo 141 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, señala que:

> "De conformidad con los principios de soberanía y los derechos previstos en la Constitución de la República, en las operaciones de endeudamiento público externo, se observarán y aplicarán las condiciones legales propias de los contratos negociados bajo la ley y jurisdicción internacional."

Adicionalmente, la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas ordena:

> "Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras."

Como vemos, el artículo 141 del Código Orgánico De Planificación y Finanzas Públicas señala que el Estado deberá observar y aplicar al momento de realizar operaciones de crédito externo, las condiciones legales propias de los contratos negociados bajo la ley y jurisdicción internacional.

Por su parte, la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas expresa que previa autorización del Procurador General del Estado, podrá el Estado y otras entidades de derecho público someterse a otra jurisdicción y legislación para la solución de controversias relacionadas a contratos celebrados con entidades públicas o privadas extranjeras, reconociendo así a dichas jurisdicciones y legislaciones, a las cuales, eventualmente puede someterse el Estado.

Por tanto, el Ecuador puede someterse a jurisdicción y ley internacionales cuando celebra contratos celebrados con entidades públicas o privadas extranjeras, previa autorización del Procurador General del Estado, sin que siquiera se mantenga la necesidad de suscribir dicho contrato fuera del país como lo señalaba antes, de forma expresa, el artículo 14 de la Constitución de 1998. Que tanto dista este sometimiento de aquel contenido en una cláusula en que el Estado se comprometa a someterse a arbitraje internacional en un contrato suscrito con personas naturales o jurídicas privadas?

4. Conclusiones

Una cláusula compromisoria en la que el Estado ecuatoriano pacte arbitraje extranjero o internacional, similar a una en que pacte el sometimiento a ley y jurisdicción extranjera para la solución de controversias nacidas de un determinado contrato, no implica una renuncia a la "Jurisdicción del Estado", como una de las manifestaciones de la soberanía territorial. El poder de administrar justicia por parte de los tribunales del Estado ecuatoriano no se ve disminuido por el hecho de que un determinado caso sea sometido a arbitraje, conforme a las disposiciones de la legislación local, que además se encuentran respaldadas por el artículo 190 de la Constitución que reconoce el arbitraje como un mecanismo para resolver controversias.

Los artículos 190 y 422 de la Constitución no se contradicen; el Estado ecuatoriano puede continuar accediendo a arbitraje local e internacional, en materia de controversias contractuales y de índole comercial, mediante cláusulas compromisorias suscritas en los respectivos contratos, o mediante acuerdos arbitrales independientes, y sometiéndose a reglas y procedimientos de instituciones arbitrales internacionales. No puede el Estado, sin embargo desconocer la jurisdicción de jueces, tribunales y cortes ecuatorianas para la resolución de controversias contractuales o de índole comercial que surjan entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, mediante la suscripción de tratados y convenios internacionales, tal como lo señala el artículo 422 de la Constitución vigente.

El sometimiento a jueces y tribunales extranjeros, así como a jueces y tribunales arbitrales, y la sujeción a ley extranjera en los casos que amerite dicho sometimiento, no se encuentra prohibido por la legislación ecuatoriana. Por el contrario, se encuentra permitido y regulado.El arbitraje internacional sigue siendo, por tanto, un mecanismo válido e idóneo para resolución de controversias entre el Estado y personas naturales y jurídicas privadas.

Diciembre de 2011.

Ley de Arbitraje y Mediación
Transigible y Arbitraje en Equidad

Miguel Andrade Cevallos

Sumario

1. Materia transigible. **1.2** El sistema arbitral. **1.3** La Transacción. **1.4** Materia transigible y Derechos Irrenunciables. **2.** Arbitraje de Equidad. **2.1** Capacidad para ser Designado Árbitro. **2.2** Laudo. **2.2.1** Sometimiento a las Leyes de orden público. **2.2.2** Procedimiento. **3.** Arbitraje en Derecho o Equidad.

En este artículo desarrollaré dos temas puntuales sobre el arbitraje en el Ecuador: La materia transigible como objeto del sometimiento a arbitraje y la resolución de controversias aplicando la equidad.

1. Materia Transigible

La Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM, en su artículo primero establece:

> "El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias."

Los tribunales de arbitraje administrado o árbitros independientes designados por las partes de una controversia pueden resolver los conflictos susceptibles de transacción que se presenten de acuerdo con lo que dispone el artículo 1 de la LAM.

La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, contiene en el Título IV, Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto "Función Judicial y Justicia Indígena", once secciones que desarrollan los principios generales, la organización, el funcionamiento, los órganos de control, el régimen penitenciario, del sistema de administrar justicia en la República.

De acuerdo con el artículo 167 de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. El artículo 178 señala los órganos jurisdiccionales.[1]

La Constitución en el artículo 190 reconoce, al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

El artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, codificado señala:

1. Constitución de la República del Ecuador artículo 178. - Los órganos jurisdiccionales,sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:
   1. La Corte Nacional de Justicia.
   2. Las cortes provinciales de justicia.
   3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
   4. Los juzgados de paz.

   El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

   La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

   La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia."

Artículo 5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

La Ley de Arbitraje y Mediación en armonía con la Constitución, limita la competencia de los árbitros para resolver conflictos sobre aquellas controversias susceptibles de transacción existente o futura. Es importante estudiar el universo de controversias que pueden ser encargadas a la resolución de árbitros, una vez que conocemos la limitación constitucional y legal.

1.2 El Sistema Arbitral

La Ley hace referencia a un "sistema arbitral", lo que implica que ya existe un *"conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre si, acerca de la materia arbitral"*[2]. En verdad ello es así, tanto en el Ecuador como internacionalmente. El arbitraje ha sido reconocido por nuestra legislación desde el primer Código de Procedimiento Civil y, en verdad, es un mecanismo alternativo al de la justicia ordinaria para resolver controversias. El sistema arbitral ha tenido mucho auge en la última década como un mecanismo para tratar de solucionar la cada vez mayor congestión que presenta el sistema judicial por un lado y, por otro, tratar de dar mayor seguridad, confianza y certeza a la población. También hemos visto, dentro del plano internacional, la cada vez mayor exigencia de los países para incluir sistemas arbitrales para resolver las controversias entre los ciudadanos de diferentes estados, sobre todo en los convenios que garantizan inversiones.

2. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. 12 edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1979. p. 187. Tomo 6.

1.3 La Transacción

De acuerdo con la LAM son susceptibles de arbitraje las controversias susceptibles de transacción.

Para establecer el ámbito de competencia de los árbitros y delimitar su campo de acción debemos, necesariamente, remitirnos a la definición constante en el código civil sobre el contrato de transacción, el objeto de este contrato será la pauta para delimitar todas y cada una de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

El artículo 2348 del Código Civil dice:

> "Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

Al desarrollar el contrato de transacción, el Código Civil establece únicamente una prohibición expresa para celebrar este tipo de contratos así, se señala:

Artículo 2352. *"No se puede transigir sobre el estado civil de las personas."*

El artículo 2353, señala que la transacción sobre alimentos futuros de las personas que se deba por Ley, no valdrá sin autorización judicial.

En resumen, las controversias sobre estos dos temas: estado civil de las personas y alimentos forzosos, no pueden ser materia de arbitraje. Sobre todo el resto del universo de controversias, incluyendo la acción civil que nace de un delito (artículo 2351 del Código Civil) los árbitros serían competentes para conocer y decidir.

En nuestra jurisprudencia encontramos el siguiente razonamiento respecto al contrato de transacción:[3]

"Por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se creía tener, y ella importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; y, por otra parte, no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetivos comprendidos en la transacción; de aquí que, para transigir a nombre de otra persona sea necesario su poder especial, con indicación de los bienes, derechos y acciones sobre que debe versar la transacción; pues, de otra suerte, habría de resultar que el mandatario pudiera usar a voluntad de la facultad para transigir, y también a voluntad disponer de los bienes y derechos de su mandante; lo cual es inaceptable.

El doctor Carlos Larreátegui Mendieta[4], en su libro "Contribución al Estudio del Arbitraje Privado" señala:

> "No pueden someterse a arbitraje los asuntos sobre estado civil y capacidad de las personas y en general los relativos a derechos de familia, porque ellos están fuera del comercio de los hombres. Tampoco puede ser sometido a arbitraje los conflictos individuales de trabajo en razón de que los derechos del código laboral que concede a los trabajadores son irrenunciables ni las cuestiones que interesen al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. La materia de orden penal no son arbitrales pero si la indemnización civil derivada del delito."

El abogado Ernesto Salcedo Verduga[5] al referirse a este tema señala:

> "La materia transigible, la constituyen todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales,

3. Gaceta Judicial. Año XIX. Serie IV. Nro. 42, p. 336 (Quito, 24 de Junio de 1920).
4. LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos. Contribución al Estudio del Arbitraje Privado. Quito. 1982. p. 85.
5. SALCEDO VERDUGA Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Editorial Miguez Mosquera. Guayaquil. 2001. p. 76.

las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos; bienes y derechos estos cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la Ley, al orden público ni a las buenas costumbres".

La Ley de Arbitraje Española[6], en sus considerandos dispone:

"El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales."

Por lo expuesto, podríamos resumir que el objeto de una transacción puede incluir todos los asuntos que están en el comercio, que son de libre disposición de las personas, es decir, se puede transigir sobre todos los objetos y derechos que la persona puede libremente disponer. Estrecha vinculación existe con los derechos que nacen del dominio, tal cual lo regula y desarrolla el código civil, artículos 599 y siguientes. Se puede transigir sobre todas aquellas cosas que están en el comercio, que son objeto del derecho de dominio (cosas corporales e incorporales) las personas que pueden transigir son sus propietarios: personas naturales o jurídicas, personas de derecho privado o público.

6. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. España.

1.4 Materia Transigible y Derechos Irrenunciables

La ley de arbitraje y mediación sustituyó el esquema que sobre arbitraje contenía el código de procedimiento civil, la entonces ley orgánica de la función judicial y la ley de arbitraje comercial. Desde la fecha de vigencia de la ley de arbitraje y mediación, esto es, a partir del 4 de septiembre de 1997 las materias sujetas a arbitraje no se regulan por los parámetros que estaban vigentes y que hasta hoy abogados y jueces suelen aplicar.

El artículo 87 de la ley orgánica de la función judicial decía:

> "artículo 87.- Pueden decidirse por árbitros solo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, puedan transmitirse por acto entre vivos."

Este artículo fue derogado al expedirse la ley de arbitraje y mediación, ley s/n, publicada en registro oficial 145 (Pág. 10) de 4 de septiembre de 1997.

Al haberse derogado esta norma, hoy, la posibilidad de someter a arbitraje las controversias se ha ampliado. Se limita exclusivamente a que sean controversias susceptibles de transacción.

Con este antecedente nos preguntamos: ¿Se puede someter a arbitraje derechos irrenunciables? De acuerdo con el texto legal en estudio la respuesta es afirmativa. Lo transigible no es oponible a lo irrenunciable. El ejemplo claro de esta afirmación son las transacciones que diariamente se suscriben en materia laboral. Incluso, los juicios laborales, muchas veces terminan por acuerdo de la partes en la junta de conciliación, mediante transacción que es aprobada por el juez del trabajo. El juez velará para que los derechos irrenunciables del trabajador no se vean conculcados, pero evidentemente que la transacción será válida. Lo mismo sucede en los juicios de inquilinato, y en general, en todos los juicios en los que, dentro del procedimiento se prevé la

junta de conciliación, es posible que la controversia termine por transacción.

Como lo señala el doctor ALFONSO TROYA CEVALLOS,[7] el desistimiento es un acto procesal unilateral del actor; el allanamiento lo es del demandado. La transacción es también un modo anormal de dar fin a un proceso, pero necesita el concurso de las voluntades de las partes. Por definición es, según el artículo 1372 del Código Civil un contrato extrajudicial en que las partes terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Es evidente que para precaver un litigio eventual, el negocio jurídico llamado transacción es extrajudicial; pero para terminar un litigio pendiente no es indispensable la extrajudicialidad prevista por el Código Civil desde que hay la posibilidad de que en el acto conciliatorio dispuesto en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, las partes se pongan de acuerdo sobre las reclamaciones planteadas; acuerdo que de encontrarlo lícito debe ser aprobado por el juez y dar por terminado el proceso, mediante sentencia que deberá inscribirse, cuando fuere necesario para que se sirva de título.

Tenemos, en consecuencia, para el análisis de las controversias susceptibles de arbitraje, que un campo amplio son aquellas denominadas transacciones extrajudiciales y cuyo objeto está regulado en el Código Civil. De otro lado, la transacción judicial que puede darse dentro de diferentes procesos judiciales. Estos procesos al incluir la posibilidad de transar hacen que la materia sea arbitrable. Incluye procesos de índole laboral, de inquilinato y otros. Desde un aspecto procesal, todas las controversias, en principio, son susceptibles de transacción en la medida en que en el procedimiento incluya la audiencia de conciliación como modo de terminar un proceso judicial.

Una vez determinada las materias que pueden ser objeto de procesos en los cuales se ha previsto la posibilidad de termina-

7. TROYA CEVALLOS Alfonso. Derecho Procesal Civil. Tomo 2. 3ra edición. Quito. Pudeleco. 2002. p. 701.

ción del mismo en la junta o audiencia de conciliación debemos necesariamente analizar si dicha transacción implica o no cuestiones irrenunciables o sometidas a un juez especial o por ley prohibidas de someterse a arbitraje.

Como conclusión podemos sostener que, separándonos de la antigua interpretación sobre las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, interpretación que nace históricamente de la aplicación de las disposiciones correspondientes al arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Ley Orgánica de la Función Judicial y Ley de Arbitraje Comercial, normas que estuvieron vigentes hasta la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en la que solamente se podía someter a arbitraje cuestiones que podían ser renunciables, las cuestiones de índole comercial o las cuestiones que no afecten al orden público. Hoy, el tratamiento es diferente y se ha establecido como regla general que todas las controversias susceptibles de transacción son a la vez susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Esto quiere decir que controversias que involucran derechos irrenunciables pueden ser objeto de transacción, en consecuencia, objeto de decisión arbitral. Si se ha sometido una materia que incluye derechos irrenunciables, a juzgamiento de árbitros, estos deberán cuidar esos derechos para que su laudo tenga eficacia.

En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y en el Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción, se han dictado muchos laudos en los que los Tribunales se han declarado competentes para conocer asuntos de inquilinato, terminación de contratos de arrendamiento tanto de locales para viviendas como para oficinas.

Personalmente me ha tocado decidir sobre competencia en varios juicios arbitrales, cuyo objeto han sido contratos de arrendamiento, tanto de oficinas como de vivienda. Coincido con la posición adoptada por la mayoría de colegas árbitros, de que es perfectamente legal someter temas regulados en la Ley de Inquilinato a arbitraje. Los árbitros deberán velar que se respe-

ten los derechos irrenunciables del inquilino, que de ninguna manera podrían ser afectados por un laudo.

En materia arbitral la tendencia, en los tiempos modernos, ha sido la de ampliar el marco de acción de los árbitros y en general de los medios alternativos de solución de controversias. Si la base de estos compromisos arbitrales se encuentra en la voluntad de las personas, es prudente y lógico convenir que ellas como actoras de su destino y patrimonio puedan renunciar a utilizar la justicia ordinaria y entregar a la justicia alternativa la resolución de sus conflictos aún en materias que históricamente han sido reservadas a la decisión de los órganos judiciales.

En el Ecuador el sistema judicial ha colapsado. La razón principal para reservar la administración de justicia a órganos del poder estatal, ha sido históricamente, la de proteger al ciudadano a quien el Estado le garantiza seguridad por medio de jueces imparciales, probos, eficaces, sabios, que administren justicia y den a cada uno lo suyo. Esta aspiración no ha podido cristalizarse y actualmente no existe, si, tal vez, alguna vez existió en el Ecuador. La justicia penal no puede ser más cuestionada. La justicia Contencioso Administrativa no puede ser más tardía, caótica y desconfiable. La justicia sobre asuntos de la niñez y adolescencia, de la mujer, del consumidor, del comerciante, de la familia, no otorga ninguna seguridad, confiabilidad, oportunidad.

Esta libertad de los ciudadanos de resolver sus asuntos en forma autónoma frente a la regulación estatal, de imperio, ha sido motivo de grandes discusiones, razonamientos encontrados y enfrentamientos durante la historia. En la actualidad, como vemos, siguen vigentes, habiendo renacido posiciones que parecían enterradas definitivamente. El punto central y lógico, radica en la imparcialidad que tiene que tener un juez. En adición, el libre acceso a esa justicia imparcial, debe ser otorgado a todos los habitantes de la República para cumplir la aspiración de la justicia que es, dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde en derecho. La seguridad ciudadana depende de ello. La tranquilidad

de la población, la estructura familiar, la estructura económica del Estado, depende que los ciudadanos puedan acceder a un sistema de justicia imparcial, civilizado, que sea administrado por personas serias, capaces y conocedoras del derecho que apliquen la Ley con un sentido de justicia y equidad adecuados. Si el sistema judicial, llámese este judicial o llámese este convencional no brinda seguridad, no cumple el rol que la civilización le ha otorgado. No es cuestión de copiar o trasladar principios estructurales elementales de toda civilización, copiarlos e imprimirlos y adoptarlos en nuestra Constitución. De qué nos sirve tener organización del sistema judicial perfectamente redactada y copiada de países que si lo aplican, cuando no tenemos los recursos económicos ni humanos para lograr el objetivo principal, de dar seguridad a la población, de que existe un sistema judicial sano, oportuno, imparcial que impedirá que la justicia sea tomada por mano propia y que la gente viva en paz, con el convencimiento de que, un problema, tiene solución. Que esa solución va a ser provista por un Juez o Tribunal imparcial y sabio.

2. Arbitraje de Equidad

El Artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece:

> "Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la Jurisprudencia y a la Doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados".

La decisión de una controversia aplicando criterio de equidad, es materia poco tratada en nuestra doctrina. Si bien la Ley de Arbitraje Comercial contenía esta clase de arbitraje, su aplicación fue muy escasa. A ello debemos añadir que la cultura jurídica ecuatoriana está inspirada en un sistema legalista que, obviamente, ha instruido a jueces y abogados para esperar de un fallo aquello que está previamente establecido en la Ley y que marca un campo limitado y más o menos previsible de una sentencia en el proceso.

El Diccionario del Derecho Usual de Cabanellas trae la siguiente cita que subraya los "peligros" atribuidos al arbitraje por equidad:

> "Ahora bien, cabe repetir la frase que aquellos litigantes en Francia durante siglos atrás, clamaban diciendo ¡líbrenos Dios de la equidad! Precisamente por no estar definida, ni siquiera determinados sus puntos esenciales, es peligroso esta aplicación de la equidad como fuente de derecho"[8].

Es un hecho cierto la inseguridad que puede crear el someterse a la decisión de árbitros que para dictar su fallo no requieren de sometimiento a normatividad alguna, que adicionalmente, por no requerírseles preparación jurídica, pueden desconocer normas esenciales del debido proceso, análisis sobre legalidad de documentos y diligencias probatorias, principios de sana crítica, equidad y normas de orden público, nos podemos encontrar ante un campo abierto a la incertidumbre de juzgadores, partes y abogados patrocinadores. ¿Cuáles son los límites de acción de los árbitros de equidad? ¿Qué normas jurídicas están obligados a aplicar? ¿Cuáles son sus responsabilidades frente a las partes? ¿Quiénes pueden ser árbitros de equidad? ¿Cuáles son los principios que deben seguir? ¿Cuál es la ventaja de un arbitraje en equidad? ¿Qué esperar de la contienda legal?

8. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Edit. Heliasta. Buenos Aires 1979. Tomo III, p. 143.

Estas interrogantes son aspectos que brevemente se tratarán de contestar a la luz de nuestro sistema jurídico y de la ley. Estos temas, sin embargo, presentan diversidad de criterios y soluciones, por ello, su enfoque buscará sustentarse en la lógica jurídica y en criterios personales basados en el "leal saber y entender y ateniéndonos a los principios de la sana crítica".

2.1 Capacidad para ser Designado Árbitro

El artículo 19 de la LAM establece que no podrán ser designados árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por si mismas en juicio.

De acuerdo con el artículo 1462 del Código Civil todas las personas son capaces excepto las que la Ley declara incapaces. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. Por tanto no podrán ser árbitros en equidad:

El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría y las personas jurídicas. Así lo establece el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil al señalar quienes no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados. Dichas personas, sin embargo, pueden comparecer en juicio debidamente representados. Para ser árbitros se tiene que tener la capacidad de comparecer por si mismos, sin representantes ni apoderados.

Esta disposición permite que cualquier persona capaz, ecuatoriana o extranjera sea apto para desempeñarse como árbitro de equidad. La nueva Ley ha eliminado la absurda disposición contenida en el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial por la cual únicamente los ecuatorianos podían ser árbitros, limitando la voluntad de las partes. Tal vez, el hecho de que las personas jurídicas requieren actuar por medio de un representante motivó incluir la limitación para nombrarlas como árbitros, punto un tanto cuestionable si entendemos que las personas jurídicas especializadas y serias podrían arbitrar procedimientos si así las

partes lo desean. Es una limitación al libre criterio individual que no la encuentro justificable pero si explicable en esta etapa de difusión del arbitraje.

Los árbitros en derecho, adicionalmente, deben ser abogados. Debe entenderse abogados con título reconocido en la República del Ecuador, si lo que se va a decidir es un asunto que involucra el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cabe preguntarse si existe o no la facultad de designar un abogado con título extranjero si la Ley escogida no es la ecuatoriana. Estimo que no existe prohibición y por tanto la voluntad de las partes deberá prevalecer. Incluso, no está claro, si el título de abogado otorgado en el extranjero es suficiente no obstante la aplicación de la ley ecuatoriana. Este aspecto si bien no está especificado, por lógica y responsabilidad del árbitro, debe entenderse limitado a los abogados con título reconocido por universidades ecuatorianas si la ley aplicable es la del Ecuador.

2.2 Laudo

Los jueces ordinarios, al igual que los árbitros que deben fallar en derecho, tienen la obligación de emitir su fallo en base a la Ley. El Artículo 18 del Código Civil[9] establece las reglas de

9. & 4o. Interpretación de la Ley Artículo 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3a.- Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6a.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; 7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

interpretación a las que deben sujetarse los jueces. La falta de aplicación de normas legales vigentes podría dar lugar a acciones civiles e incluso penales como la prevista en el Artículo 277 del Código Penal que trata sobre el prevaricato[10]. El sistema judicial ecuatoriano entonces, se basa en el principio de legalidad, incluso la costumbre, no constituye derecho si la ley no se remite a ella. (Artículo 2 Código Civil).

Los Jueces ordinarios, que ejercen la jurisdicción legal, están sujetos a normas estrictas de interpretación y aplicación de la Ley para aquellos casos sometidos a su decisión; sin embargo, la Ley, en ciertas ocasiones específicas, les concede un margen para aplicar criterios de sana crítica y equidad.

Apartándose de este sistema jurídico, en un arbitraje de equidad, los árbitros solamente deben guiarse para dictar su fallo en "su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica". Su decisión la tomarán recurriendo a su conciencia, sentido de justicia, valores, impresiones, y voluntad. El fallo justo o injusto no está sujeto a análisis jurídico alguno. El fundamento de la decisión será la convicción personal del árbitro y nada más.

Es esencial entonces que los árbitros que van a fallar en equidad, sean conocedores del medio que rodea el caso específi-

10. Código Penal. Del prevaricato Artículo 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1o.- Los jueces de derecho o árbitros *juris* que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra Ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece; 2o.- Los jueces o árbitros que dieren consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria; 3o.- Los jueces o árbitros que en la substanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohiben o dejando de hacer lo que mandan; 4o.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehusen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehusen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público; 5o.- Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y, 6o.- Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.

co. Si es un asunto civil que conozcan el ambiente, costumbres, tradiciones; ese conocimiento, les dará elementos para aplicar la equidad a esa relación temporal y conflictiva. Si es un asunto comercial, el árbitro deberá conocer el área de negocios y ambiente comercial, aplicando valores éticos, mercantiles, costumbres y usos, y, obviamente, la Ley que reguló sus actos, aun cuando no estén obligados a acatarla. En este aspecto, el arbitraje en equidad, tiene un alcance mucho más amplio al que se le atribuye a los "jurados" en otras legislaciones quienes, generalmente, resuelven cuestiones de hecho. En el arbitraje en equidad se decide el hecho y también se dicta el fallo.

Del análisis de la actual Ley de Arbitraje y Mediación se puede llegar a las siguientes conclusiones de carácter general que deben ser vigiladas y tomadas en cuenta por cualquier árbitro designado para fallar en equidad:

2.2.1 Sometimiento a las Leyes de orden público

La Constitución de la República del Ecuador fija los derechos y obligaciones de los ecuatorianos, extranjeros y de las personas que están en su territorio. Existen normas que miran al interés general de la sociedad llamadas normas de orden público. Dichas normas, puede conferir derechos o establecer obligaciones que son de estricto cumplimiento e irrenunciables.[11] En cambio, dentro de la esfera privada, existen derechos reconocidos por la ley, que sólo miran al interés individual de la persona y que no afecta a terceros (Artículo 11 Código Civil). Estos derechos son renunciables. Con este antecedente, concluiremos que los árbitros en equidad están obligados a observar únicamente las normas establecidas, la LAM y el convenio arbitral, normas eminentemente procesales. En materias transigibles la voluntad

11. "...En el arbitraje de equidad, también llamado ex aequo et bono, los árbitros no están obligados a aplicar las normas legales ni en cuanto al fondo ni en lo relativo al procedimiento, y resuelven según su leal saber y entender. Además el laudo que pronuncian es generalmente definitivo. Ello no significa en modo alguno, que el árbitro de equidad disponga de absoluta libertad para el ejercicio de su cargo, ya que ha de respetar las normas y principios de orden público y ciertas disposiciones imperativas..." LARREÁTEGUI MENDIETA Carlos. Obra citada, p. 33.

de las partes que someten la decisión a un árbitro en equidad, implica darle total libertad al árbitro para que decida, sin obsevar otro criterio que no sea su leal saber y entender.

2.2.2 *Procedimiento*

El Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando señala que "el laudo" debe expedirse fundado en equidad confirma el criterio de que a los árbitros no les está facultado aplicar los criterios de equidad para asuntos de procedimiento y deben, necesariamente sujetarse a las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación. Complementa la aseveración anterior el artículo 31 de la LAM que sanciona con nulidad las violaciones al debido proceso y derecho de defensa.[12]

Por lo tanto, debe entenderse que los árbitros en equidad deben sujetarse a la Ley de Arbitraje y Mediación o al convenio en cuanto al procedimiento especialmente, deben cuidar de no violentar los derechos de defensa, prueba y oportunidad. En el momento de dictar el laudo, es decir, de tomar la decisión sobre los puntos en que se trabo la *litis*, deben fallar única y exclusivamente sometiendo su decisión a su sano criterio y a su sentido de equidad y justicia. Ello no implica que deben abstenerse de estudiar la situación jurídica que rodeó al hecho, analizar la costumbre, la Ley y, los planteamientos dados por las partes en cuanto a los hechos y el derecho.

12. La Ley de Arbitraje y Mediación señala: Nulidad de los laudos.- Artículo 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:
a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o, b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o, c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o, d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la ...

La facultad de fallar en equidad busca el imperio de la justicia sobre la Ley.

En este aspecto, los árbitros no deben sujetarse como norma supletoria ni al Código Civil ni al Código de Comercio ni al Código de Procedimiento Civil. Deben sujetarse a los criterios que les dicte su conciencia. Así lo establece el Artículo 37 de la LAM[13].

Al igual que en la antigua Ley de Arbitraje Comercial el arbitraje en equidad no tiene normas ni límite para determinar la forma de actuar las pruebas. En la práctica las pruebas incluso se pueden receptar prescindiendo del Código de Proce-dimiento Civil, cuestión permisible en este régimen.

El convenio arbitral podría apartarse de esta regla. Incluso el Reglamento del Centro de Arbitraje podría contener normas distintas a las contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Así lo establece el artículo 35 de la LAM.

La LAM ha establecido acertadamente un régimen de gran amplitud para adecuar el arbitraje a los requerimientos y necesidades de las partes. Los Centros de Arbitraje dentro del arbitraje administrado mediante sus reglamentos, tienen la facultad de llenar los vacíos de la Ley.

2.3 Arbitraje en Equidad o en Derecho

Cuándo pactar un arbitraje en derecho o equidad. La relación obligacional que se someta a arbitraje determinará tomar esta decisión. En un marco de relación sofisticado donde las partes han contado con asesores y conocen el entorno legal, un arbitraje en derecho dará más certeza a las partes. Por el contrario,

13. Ley de Arbitraje y Mediación. Normas Supletorias.- Artículo 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

en una relación informal o si por la naturaleza del asunto la Ley no se la considera justa, la equidad será una buena alternativa. Este aspecto genera una nueva interrogante de análisis. ¿Es legal y válido para las partes suscribir convenios, eminentemente nulos o sin valor a la Luz de la legislación vigente pero que al someterlos a arbitraje quedarían validados, si la equidad va a resolver la controversia. Un caso concreto sería el de firmar un contrato privado cuando la Ley exige escritura pública como por ejemplo una promesa de venta de inmuebles sin la formalidad de escritura pública, luego demandar el cumplimiento en arbitraje de equidad. Los árbitros deberán conocer el conflicto, no obstante que el contrato es nulo y que las partes conociendo o debiendo conocer la nulidad, lo pactaron (artículo 5 LAM).

El orden público supone que todos los miembros de la sociedad se sometan a un orden establecido y aceptado por los miembros de una comunidad. La alternativa de resolución de conflictos, aun por equidad, no debe llevar a la anarquía y, los árbitros que tienen esta potestad deben sujetarse a principios básicos de convivencia civilizada, observando dentro de su sana crítica leyes y principios de orden público y el entorno de la relación sometida a su decisión. El planteamiento responde a un razonamiento lógico, pero, ciertamente, que tal cual está concebida la Ley, se deja abierto al criterio de los árbitros, aplicar o no estos principios. Este y otros aspectos deben profundizarse para formar una verdadera cultura del arbitraje que fundamente adecuadamente las bases de un procedimiento confiable y justo.

Arbitraje Comercial Internacional: Intervención Jurisdiccional en el Arbitraje

Daniel Robalino[1]

Sumario

1. Introducción. **2.** El arbitraje comercial internacional en la Constitución ecuatoriana. **3.** Intervención judicial y revisión de laudos. **3.1** Judicialización del arbitraje. **3.2** Constitucionalización del arbitraje. **4.** Consideraciones finales.

1. Introducción

El 20 de octubre de 2008 entró en vigencia la nueva Constitución Política del Ecuador, aprobada mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano en referéndum y, redactada por la Asamblea Nacional Constituyente.

La nueva Constitución del Ecuador, en cuanto a sus principios rectores, se aparta de la teoría clásica constitucional y se fundamenta en la corriente teórica denominada neoconstitucionalismo. Consecuentemente, se aparta del principio de pesos y contrapesos para adoptar los principios de ponderación y proporcionalidad de derechos.

El texto de la nueva constitución reconoce el arbitraje, pero limita la posibilidad de acudir a instancias internacionales y entrevé la posibilidad de revisar el fondo de laudos firmes

1. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado en Paz Horowitz Robalino Garcés.

mediante mecanismos constitucionales como la Acción Extraordinaria de Protección.

Por lo anterior, quienes utilizan el arbitraje como método de solución de controversias temen que la judicialización desnaturalice el proceso.

Este ensayo tiene por objeto determinar el rol de las Cortes respecto del arbitraje y los efectos de la judicialización, para lo cual tratará: (i) el régimen constitucional ecuatoriano que regula el arbitraje comercial internacional, (ii) las restricciones constitucionales al arbitraje internacional, (iii) las acciones constitucionales y legales que permiten la revisión de los laudos arbitrales y (iv) un breve análisis comparado sobre la judicialización del arbitraje en Iberoamérica.

2. El Arbitraje Comercial Internacional en la Constitución Ecuatoriana

La Constitución ecuatoriana expedida en el año 2008 reconoce de manera expresa a la institución arbitral, como uno de los métodos alternativos de solución de controversias. En este sentido, el artículo 190 de la Constitución señala:

> *Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*
>
> *En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.*

Vale mencionar que el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, en materia de contratación pública, es ahora un requisito previo. La Constitución anterior

(1998) y la Ley de Arbitraje y Mediación (1997) disponían que el dictamen del procurador debía pedirse *"Si la cláusula arbitral se celebrara una vez surgida la controversia"*[2].

Considerando que Ecuador, en la última década, fue demandado repetidas veces en instancias arbitrales internacionales, la Asamblea Nacional Constituyente que promulgó la Constitución vigente se vio en la necesidad de limitar la posibilidad de que el Estado se someta a instancias internacionales. Lo anterior dio como resultado el artículo 422:

> *Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*
>
> *Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.*
>
> *En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.*

De la norma citada, es posible concluir que:

2. Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador.
Artículo. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento (...)

(i) Existe una prohibición expresa para que el Estado celebre instrumentos internacionales en los cuales ceda "jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional". Se debe considerar que tal prohibición aplica únicamente a instrumentos futuros, más no a aquellos que vigentes a la época de la promulgación de la Constitución. Caso contrario, implicaría una transgresión a las normas de Derecho Internacional Público y al principio de pacta sunt servanda contenido en la Convención de Viena.

(ii) La prohibición del Artículo 422 limita a las controversias "contractuales o de índole comercial" que involucren al Estado, más no a las relativas a inversión extranjera, consecuentemente, el Ecuador puede celebrar tratados de protección recíproca de inversiones (TBI).

Sobre esta norma, en palabras de PÉREZ Y MARCHÁN *"es innegable que la voluntad de los asambleístas era el blindar al Estado ecuatoriano de la obligación de someterse a cualquier tipo de arbitraje internacional, especialmente de inversión"*[3], sin embargo, los diversos procesos arbitrales iniciados en contra del Estado ecuatoriano en los últimos dos años, al amparo de Tratados Bilaterales de Inversión, evidencian que el artículo 422 no logró cumplir su cometido principal.

Establecido lo anterior, es importante considerar que la Constitución de 2008 tiene dos particularidades en cuanto a los tratados internacionales. El artículo 417[4] estipula qué: *"Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución"*.

3. PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego y Juan Manuel MARCHÁN, "El Arbitraje Comercial Internacional En Ecuador". En la Obra Colectiva: *El Arbitraje en Latinoamérica*, compilada por Jorge Luis COLLANTES PALESTRA. Lima: Palestra.
4. Constitución del Ecuador. Artículo 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

En la misma línea, el artículo 425[5] de la Carta Política otorga a los tratados y convenios internacionales un estatus infraconstitucional, en consecuencia, el Estado al tratar de evitar procesos arbitrales internacionales o la ejecución de Laudos derivados de tales procesos, podrá alegar cuestiones localistas incluso a riesgo de contravenir el ya referido principio del *pacta sunt servanda* contenido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena[6].

Descritas las normas constitucionales que tutelan el arbitraje, es fundamental considerar que la LAM, regula el proceso arbitral en su totalidad y reconoce los procedimientos arbitrales internacionales[7]. La LAM, al tratar la ejecución de laudos internacionales, señala que aquellos se ejecutarán de la misma manera que los laudos nacionales[8]. Es decir, por la vía de apremio.

5. Constitución del Ecuador. Artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
6. Convención de Viena (UN Doc A/Conf.39/27 (1969):
   Artículo 26.- "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
   Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.
7. Ley de Arbitraje y Mediación Ecuador. Artículo 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:
   a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
   b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
   c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.
8. Ley de Arbitraje y Mediación Ecuador.
   Artículo 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.
   Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Esto ha generado amplio debate acerca de si es o no necesario el proceso de reconocimiento o exequátur, previo la ejecución, o si los laudos internacionales pueden ejecutarse directamente.

La ejecución de laudos internacionales se complementa con los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es parte y que son relevantes para este estudio, tales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 1966 (Convenio de Washington)[9].

3. Intervención Judicial y Revisión de Laudos

3.1 Judicialización del Arbitraje

Gran parte de los países iberoamericanos adoptó en sus leyes de arbitraje el principio de intervención limitada de las Cortes Estatales, acorde al artículo 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL[10]. Este principio tiene por objeto excluir cualquier poder que pudiere atribuirse a los Tribunales de justicia en virtud de otras leyes domésticas, aumentando así la independencia del arbitraje y la certeza de quienes lo utilizan.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.
Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

9. El gobierno ecuatoriano Denunció la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en Julio de 2009. Sin embargo, existe un "*Survival Clause*" o cláusula de sobrevivencia que ampara por diez años las inversiones realizadas antes de la denuncia.
10. Art. 5. *Alcance de la intervención del tribunal.* En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

En algunas jurisdicciones como la brasilera no está expresamente delimitado el rol de las Cortes Estatales y el alcance del principio *Kompetence-Kompetence*, lo que ha generado intromisiones jurisdiccionales en los procesos arbitrales. Sin embargo, en jurisdicciones como la Ecuatoriana, que reconoce en su *lex arbitri* el principio de intervención limitada, en aplicación normas de jerarquía constitucionales, las Cortes han permitido la intervención jurisdiccional en procesos arbitrales. Estudiaremos algunos casos.

En el caso ecuatoriano, el Laudo adquiere el carácter de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada (*res iudicata*) luego de transcurridos tres días de su notificación a las partes, sin perjuicio de la aclaración o ampliación que pueda hacer el tribunal a petición de parte.

El artículo 31 de la LAM señala *"(...) Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia (...)"*.

Con esta acción de nulidad, las partes pueden solicitar a la Corte (órgano jurisdiccional) que revise la actuación *in procedendo* del árbitro, pues tiene por objeto asegurar, –como en un proceso judicial– el debido proceso, la legítima defensa y la tutela judicial efectiva que son principios de orden público y de jerarquía constitucional.

Consecuentemente, la Acción de Nulidad (junto con la ejecución forzosa de los laudos) son los únicos casos de auxilio judicial previstos en la LAM y procede taxativamente cuando:

> *Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:*
>
> *a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. (...)

En Brasil y Argentina se han dado casos de paralización de arbitrajes en curso (*anti-arbitration injuctions*) por orden judicial. Concretamente, en el caso Companhia *Paranense de Energía –Copel– contra UEG Araucaria Ltda.*[11] un juez de primera instancia del Estado de Paraná ordenó la paralización de un arbitraje comercial internacional por considerar que *"el arbitraje versaba sobre derechos no susceptibles de libre disposición (...) dado que involucraba intereses públicos al ser la parte demandada una entidad estatal"*.

En otros casos, los tribunales judiciales han admitido solicitudes de medidas cautelares judiciales orientadas a suspender los procedimientos arbitrales ya iniciados. Concretamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la República Argentina suspendió el proceso arbitral iniciado por *Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay v. Hidroeléctrica Piedra del Aguila S.A. y Nobel Coating S.A.*[12].

11. Copel v. UEG. Caso 24334/0000, 15 de marzo de 2004. Tomado de: Conejero Roos, Cristian y Renato Giuon. "Arbitration in Brazil: The ICC Experience". En *Arbitration in Brazil: Practice and Procedure*. Juris Publishing, 2005.
12. Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay v. Hidroeléctrica Piedra del Águila. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2, 26-08-2003. Tomado de la obra de Mocchia, Valeria. "Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco Legal y Jurisprudencial". En: *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Wolters Kluwer España, 2009.

La intervención judicial en el arbitraje se ha dado por diversos motivos y utilizando acciones y recursos judiciales diferentes, sin embargo, el punto en común es que las cortes estatales han suspendidos los procesos arbitrales que derivan de un convenio arbitral válidamente celebrado. Esta injerencia no delimitada generó que en la región, sin mayor justificación, las cortes extiendan la interpretación de las causales de nulidad a niveles poco ortodoxos.

Por ejemplo, en Venezuela, la Ley de Arbitraje (cuyas causales de nulidad previstas en la Ley venezolana son similares a las contenidas taxativamente en el artículo 34(2) de la Ley Modelo de UNCITRAL)[13] y la jurisprudencia han ratificado que la acción de nulidad es la única acción procedente contra un laudo, así lo señalo el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en el caso *Grupo Inmensa C.A. y otros v. Soficrédito Banco de Inversión C.A.*[14]

Sin embargo, en el caso *Venezolana de Televisión C.A. v. Elletronica Industriale S.P.A*[15], la corte interpretó las causales de nulidad tan ampliamente, que se permitió la anulación del laudo. La corte consideró que el laudo afectaba los intereses de una entidad estatal:

> *"La compañía anónima Venezolana de Televisión es un bien patrimonial que pertenece al Fisco Nacional y por ende al colectivo, en consecuencia hay un interés público sobre todo por cuanto dicha empresa cumple un servicio público".*

En Ecuador existe un precedente parecido, por el cual desde el año 2010, no se pueden ejecutar laudos en contra de la cuenta única del tesoro (por ser considerada un bien público).

13. Weininger, Bernardo y David Lindsey. "Chapter Nine: Venezuela". En la Obra Colectiva: *International Arbitration in Latin America*, editada por Nigel Blackaby. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 251.
14. Grupo Inmensa C.A. y otros v. Soficrédito Banco de Inversión C.A. CF. Expediente 00-3203, sentencia de fecha 23 de mayo de 2001.
15. Venezolana de Televisión C.A. v. Elletronica Industriale SPA. Publicado en el Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje número 17, 2006, pp. 4 - 10.

Por otro lado, cabe referirse a la intervención judicial en cuanto a la asimilación del árbitro con el juez, circunstancia que se ha repetido a lo largo de la región.

El Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador señala:

> *"Artículo 7.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, (...). Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.*
>
> *Artículo 17.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, (...) El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, (...)".*

De manera similar, legislaciones como la Argentina aplican a los árbitros mecanismos y sanciones previstas para los jueces. En este sentido, la jurisprudencia argentina ha entendido que el árbitro es juez dentro del concepto constitucional del Tribunal, quedando sujeto a las reglas de disputa de competencia. Lo anterior se ha permitido incluso en procesos de arbitraje internacional.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso de *Compañía General de Combustibles* señaló:

> *"La solicitud de inhibitoria por la cual un juez estatal le solicita a un árbitro que se abstenga de conocer una disputa y, en caso que el árbitro se resista, se ha autorizado a que la contienda de competencia sea resuelta por un tribunal superior de la propia judicatura argentina"*[16].

16. Caso Compañía General de Combustibles. Fallo de Corte Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B. Septiembre de 1999. Jurisprudencia Argentina, vol. 2002-III, p. 53. Tomado de Grigera Naón, Horacio. "Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks". En: *Arbitration International*. 2005.

En Chile ocurre algo similar, pues se permite la interposición del denominado "recurso de queja" que constituye un recurso disciplinario que eventualmente podría anular un laudo arbitral si se demuestra que el árbitro cometió falta grave al dictar el fallo. La jurisprudencia chilena considera al árbitro como parte del poder judicial y consecuentemente permite que la Corte Suprema revise su actuación, como sucede también en Ecuador y Argentina. CONEJERO ROOS, refiriéndose al recurso de queja, señala *"aun cuando va dirigido a sancionar la conducta del árbitro puede afectar la validez del laudo arbitral"*[17].

A su vez, LINDSEY Y RIESCO sostienen que *"el recurso de queja eventualmente otorga a la Corte ... una libertad sustancial para dejar sin efecto un laudo arbitral internacional dictado en Chile basado en otras causales no especificadas y posiblemente más amplias"*[18].

Por otro lado cabe decir que en Ecuador se han dado casos en los que miembros de tribunales arbitrales han sido objeto de acciones penales en su contra, generalmente por el delito de prevaricato. Aunque tales acciones estén dirigidas a los árbitros, y si bien en ciertos casos pueden ser legítimas; perjudican el normal desarrollo del proceso. Incluso, tales acciones podrían envolver al proceso en causales de nulidad aparentes antes de que exista algún dictamen condenatorio en contra de los árbitros imputados.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recalcar que existe contradicción entre lo estudiado en los párrafos precedentes y la Ley de Arbitraje de Ecuador y de Chile que prevén la denominada Acción de Nulidad como el único recurso contra el laudo, lo que permite esperar que la indebida asimilación entre Juez y Árbitro por la jurisprudencia y la legislación secundaria lleve a riesgos inciertos a la hora de ejecutar laudos arbitrales, perjudicando la intención de las partes al excluir su controversia de la jurisdicción ordinaria.

17. CONEJERO ROOS, Cristián. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General*. Madrid: La Ley, 2009, p. 91.
18. LINDSEY, David y Ricardo RIESCO. *"Selecting Chile as a place of Arbitration"*. En: International Business Litigation & Arbitration. Vol. 1. 2006, p. 637.

3.2 Constitucionalización del Arbitraje

El ex-Tribunal Constitucional del Ecuador, en el caso *Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días v. Urbanizadora del Salado S.A.* estableció que *"los actos emanados de la jurisdicción convencional no atentan contra ningún derecho constitucional (...); y por lo tanto no son susceptibles de acción de amparo constitucional"*[19], en consecuencia sentó el precedente de que no era posible recurrir un laudo arbitral por medio de una acción constitucional de amparo. El referido fallo se dio en base a la constitución de 1998, que no preveía la Acción Extraordinaria de Protección.

El artículo 94 de la Constitución ecuatoriana vigente señala que:

> *Artículo 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.*

La Corte Constitucional, considerando la norma antes citada en concordancia con los artículos 7 y 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, admitió a trámite las acciones de protección seguidas contra laudos arbitrales en los casos de *Transelectric S.A. v. laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito*[20] e *Hidrosan Cía. Ltda v. laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de la Construcción de Quito*[21].

19. Fallo dictado por la segunda sala del Tribunal Constitucional Ecuatoriano, con fecha 2 de diciembre de 1998, propuesto por la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días contra el laudo arbitral que siguió en contra de Urbanizadora del Salado S.A.
20. Corte Constitucional: Caso 0046 – 09 – EP, Acción Extraordinaria de Protección presentada por el ingeniero Abdón Vicuña Izquierdo en su calidad de gerente general de la compañía Transelectric S.A. en contra del laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito dentro del proceso arbitral número 27 – 2007.

De manera distinta, en el caso de Albán v. Castro (arbitraje independiente) en el que se interpuso una acción extraordinaria de protección contra el fallo de la Corte Superior que resolvió la acción de nulidad interpuesta contra el laudo, y en la cual el accionante solicitó a la Corte Constitucional que ordene al juez *aquo* aceptar la acción de nulidad que fue rechazada. La Corte Constitucional señaló:

> *"Los accionantes, si bien mencionan la vulneración de derechos constitucionales (debido proceso), la fundamentación con respecto a la misma está limitada a un presunto incumplimiento de normas legales … lo que no constituye argumentación constitucional válida. Por lo expuesto … Inadmite a trámite la acción extraordinaria de protección"*[22].

Siguiendo con el análisis vale mencionar que en abril de 2011 un juez de Niñez y Adolescencia del Guayas, que conoció una acción ordinaria de protección relativa a un proceso arbitral[23], dejó sin efecto el laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Este caso llama la atención, entre otros aspectos, por lo siguiente:

(i) Se trata de una acción ordinaria de protección, cuando en último caso debería tratarse de una acción Extraordinaria de Protección, por ser la vía por la cual se pueden revisar autos o sentencias definitivas,

(ii) Ordena a los particulares que dejen sin efecto el laudo, cuando no pueden hacerlo por carecer de facultades jurisdiccionales (debería ser el tribunal el llamado a dejar sin efecto el laudo),

21. Corte Constitucional del Ecuador: Acción Extraordinaria de protección N° 0204-09-EP presentado por Galo Vallejo Salas en su calidad de Gerente General de la Compañía Hidrosan Cía. Ltda., en contra del laudo arbitral dictado por el doctor Hernán Quevedo.
22. Corte Constitucional: Caso 0421-10-EP, Albán v. Castro de 18 de octubre de 2010.
23. Caso El Progreso v. UMET. Fallo dictado por el Juez de Niñez y Adolescencia del Guayas, 28 de Abril de 2011.

(iii) Transgrede el principio de *res iudicata* que envuelve a los laudos arbitrales; y

(iv) La acción de protección fue propuesta por un tercero ajeno al proceso arbitral, quien no logró demostrar que el laudo generaba efectos *erga omnes*.

Dejando a un lado las acciones constitucionales de protección que se han propuesto en contra de laudos arbitrales, cabe hacer referencia a la acción de Medidas Cautelares Constitucionales y su pertinencia en el arbitraje.

El artículo 87 de la Constitución 2008, y el artículo 26 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señalan:

> *Constitución.- Artículo 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.*
>
> *LOGJCC.- Artículo 26.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*
>
> *Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.*

En el proceso de medidas cautelares signado como 2010-2085, que conoció el Juez Octavo de Garantías Penales del Guayas, se concedió *"la suspensión del proceso arbitral 075-2010 que comprende la audiencia de mediación convocada por el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*

(...)", por considerar que no existía un convenio arbitral válidamente celebrado y que en consecuencia se exponía al accionante a un perjuicio irreparable.

Sin perjuicio de la validez constitucional de la resolución del Juez de Garantías Penales del Guayas, que no es materia de este estudio, las medidas cautelares interpuestas evitaron que el Tribunal arbitral pueda conocer y resolver sobre su propia competencia, transgrediendo así el principio *Kompetenz-Kompetenz* que rige el arbitraje.

Los precedentes constitucionales antes citados han evitado el normal desarrollo de los procesos arbitrales y la ejecución de laudos, sea en arbitrajes domésticos o internacionales. En países de la región hay precedentes similares.

En Colombia, por medio de una acción de tutela, la Corte Constitucional anuló un laudo arbitral sobre la base de que el laudo había violado el debido proceso, al fallar sobre un punto que, al parecer de la Corte, no era arbitrable. Este caso tiene particular relevancia porque la decisión constitucional fue contraria a la decisión a la del Consejo de Estado, que en Colombia es el juez natural y competente para conocer la anulación de los laudos[24]. En este proceso, la Corte Constitucional señaló:

> "Por consiguiente la Sala tutelará el debido proceso de la Gobernación del Valle del Cauca y anulará la sentencia del 11 de marzo de 2004 proferida por la sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 que resolvió la controversia suscitada entre la Sociedad Concesiones de Infraestructura S.A. (CISA) y el Departamento del Valle del Cauca con ocasión del Contrato de Concesión GM-95-04-017. En consecuencia quedará en firme la liquidación unilateral del contrato de concesión que realizó la Gobernación del

24. Zuleta Londoño, Alberto. "La Protección Constitucional del Arbitraje". En la Obra Colectiva: *El Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales*, coordinada por Fernando Mantilla Serrano. Bogota: Legis, 2007, p.77.

Valle del Cauca mediante la Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001"[25]

Para ZULETA LONDOÑO, a pesar de que el fallo antes mencionado fue revocado en el año 2007, en Colombia sigue vigente la posibilidad de intentar acciones de tutela en contra de laudos arbitrales.

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia revisó laudos arbitrales extranjeros por medio de recursos constitucionales ordinarios (Amparo Constitucional). En el caso *Corporación Todosabor C.A. v. Hageen-Daz International Shoppe Company Inc.*[26], la corte venezolana anuló el laudo dictado bajo las Reglas de la AAA (Asociación Americana de Arbitraje) en Miami con el fin de *"preservar derechos fundamentales garantizados por la Constitución de Venezuela, en la parte venezolana afectada"*.

Asimismo, en el caso *Consorcio Barr CA v. Four Seasons*[27], la Corte Constitucional Venezolana determinó que el

> "sometimiento de una acción arbitral en el extranjero no le cierra la puerta a ninguna de las partes a recurrir a las cortes venezolanas para dirimir cualquier asunto relacionado con el procedimiento arbitral, inclusive cuando ya el tribunal haya desestimado su validez o procedencia o cuando se encuentre deliberando sobre la acción"[28].

Es decir, las cortes venezolanas podrían incluso evitar que los árbitros se declaren competentes desconociendo el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

25. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-481 del 11 de mayo de 2005. Ref: expediente T-980611 de Acción de Tutela. Se debe notar que dicha sentencia fue posteriormente revocada mediante sentencia SU-174 de 2007 por la Corte Constitucional.
26. Decisión de 14 de Febrero de 2006, Ita Monthly Report, Vol. 4, número 11, mayo 2006. Disponible en www.kluwerarbitration.com.
27. Consorcio Barr CA v. Four Seasons (exp. N° 04-0163) publicado en www.tsj.gov.ve
28. DI ROSA, Paolo y Rafael COX ALOMAR, "Control Judicial del Arbitraje: Siempre Tributario de un Foro Local". En la Obra Colectiva: *El Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales*, coordinada por Fernando MANTILLA SERRANO. Bogotá: Legis. 2007, p. 247.

En México existe la figura del amparo constitucional, sin embargo, este únicamente se ha admitido contra la sentencia judicial dictada en el proceso de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, más no directamente contra el laudo[29].

A consideración de CONEJERO ROOS la constitucionalización del arbitraje es *"altamente desaconsejable"*[30] pues eso está llevando a que los países latinoamericanos busquen mecanismos procesales constitucionales para asegurar los derechos fundamentales, y con ello, desconociendo los mecanismos legales que de forma efectiva resguardan la constitución. Es decir, la Constitución se convierte en norma de aplicación directa y devalúa la Ley que ha sido promulgada de conformidad con la misma Constitución. Lo anterior nos lleva a la pregunta de si la Ley de Arbitraje aún surte los efectos específicos que dotan de ventajas al proceso arbitral, cuando tales efectos pueden anularse por vía constitucional.

En relación a lo anterior cabe considerar el fallo de enero 17 de 2005 en el cual el Tribunal Supremo Español determinó:

> *"El Arbitraje es un medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento; y aquello que por, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen en principio a la actividad jurisdiccional del Estado, y que, con respecto al arbitraje solo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado (...) el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo"*[31].

29. CONEJERO ROOS, Cristián. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un Panorama General*. Madrid: La Ley, 2009, p. 95.
30. Ibídem.
31. Sentencia del Tribunal Supremo español 9/2005, de 17 de enero de 2005.

En consecuencia, la tutela constitucional directa (en el arbitraje) solamente debería accionarse cuando los mecanismos legales de tutela previstos en la *lex arbitri* no son suficientes para resguardar los principios constitucionales.

En el caso del arbitraje internacional existen varios mecanismos para salvaguardar las conductas contrarias a las normas constitucionales, por ejemplo:

(i) En los países que utilizaron la Ley Modelo de UNCITRAL para expedir su Ley de Arbitraje, se prevé la acción de nulidad por violación de debido proceso (que ratifica las causales previstas en la Convención de Nueva York),

(ii) En los casos de falta de independencia de los árbitros, se prevén normas para la recusación de árbitros que evaden los conflictos de competencia sujetos a las normas del procedimiento civil.

(iii) En los procesos que tienen como parte a entes Estatales, legislaciones como la ecuatoriana requieren la autorización del Procurador General del Estado para suscribir el convenio arbitral.

4. Consideraciones Finales

El profesor Fernando Cantuarias considera que el "*ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje*"[32], es decir, si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, entonces el arbitraje es una suerte de primera instancia judicial. En cambio, si la ley no prevé ningún tipo de revisión judicial, se podría infe-

32. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007. p. 373.

rir que el arbitraje es un mecanismo potencialmente abusivo y peligroso.

Consecuentemente, la acción de nulidad como mecanismo de revisión judicial de los laudos constituye el punto medio entre las dos teorías, por un lado pretende evitar el exceso de poder de los árbitros, y por otro; evita la revisión del fondo de la controversia por parte de las cortes. Además, la acción de nulidad es el mecanismo previsto en la Ley para controlar y regular el debido proceso, sin que sea necesaria la revisión mediante acciones constitucionales como el amparo, en ciertos países, o acciones de protección para el caso ecuatoriano.

Sin perjuicio de que la mayoría de las leyes de arbitraje iberoamericanas reconocen el principio de inapelabilidad de los laudos de conformidad con el artículo 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL, y que en consecuencia la intervención judicial en el arbitraje debe limitarse exclusivamente a los casos de auxilio judicial previsto en la ley de la materia (acción de nulidad y ejecución forzosa), la práctica demuestra que las cortes han extendido su injerencia en el arbitraje, sea por la aplicación de precedentes constitucionales o por la interpretación extensiva de las causales de nulidad.

La intrusión jurisdiccional, fuera de la prevista en la Ley (que debe ser el contrapeso al poder de los árbitros) desnaturaliza al proceso arbitral y menoscaba la garantía constitucional de libertad y autonomía negocial que fundamenta al arbitraje y alienta a los particulares a extraer su controversia de la jurisdicción ordinaria, además elimina las cualidades de celeridad y eficacia que caracterizan al arbitraje, convirtiéndolo en una primera instancia de un engorroso proceso judicial.

Asimismo, en Latinoamérica se evidencia una tendencia a constitucionalizar el arbitraje, asimilando el concepto de árbitro con el concepto de juez. Lo que permite que los laudos arbitrales sean impugnados en sede constitucional de la misma manera

que las sentencias judiciales, desconociendo el efecto de *res iudicata* del laudo y generando desconfianza e incertidumbre para quienes someten sus controversias a procesos arbitrales.

Para concluir concuerdo con DI ROSA[33], quien considera que muchas de las lagunas de la cultura arbitral latinoamericana son atribuibles a la inercia del poder judicial en su adaptación a las nuevas corrientes. Consecuentemente, la cultura judicial latinoamericana enfrente el reto de cambiar la idea de competencia entre juez y árbitro por la idea de complementariedad entre el sistema arbitral y judicial.

33. DI ROSA, Paolo y Rafael COX ALOMAR. "Control Judicial del Arbitraje: Siempre Tributario de un Foro Local". En la Obra Colectiva: *El Arbitraje Internacional: Tensiones Actuales*, coordinada por Fernando Mantilla. Bogotá: Legis, 2007, p.251.

La Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo en el Arbitraje Comercial

Alberto Zuleta Londoño[1]

Sumario:

1. Introducción. **2.** El marco conceptual. **3.** El marco jurídico. **3.1** El recurso de anulación y la ley modelo de la CNUDMI. **3.2** El recurso de anulación y la Convención de Nueva York. **3.3** La renuncia al recurso de anulación en el derecho comparado **4.** La forma de la renuncia. **5.** Consideraciones finales.

1. Introducción

Todo laudo puede escapar al control judicial. Basta que las partes se abstengan de utilizar los recursos que les ofrece la ley para impugnarlo, y que cumplan voluntariamente con la decisión del tribunal arbitral. Si esto es así, ¿por qué parecen tan reticentes la comunidad arbitral y las legislaciones aplicables en aceptar que las partes pacten de antemano la exclusión del control judicial, es decir, que lo hagan antes de la expedición del laudo? El presente artículo tiene como contexto esta pregunta y en él se explora el marco conceptual y legal del arbitraje en cuanto a la posibilidad de renuncia del recurso de anulación, o su equivalente.

1. Abogado de la Universidad de los Andes. LL.M. de la Universidad de Harvard (1999). Actualmente trabaja en las áreas de arbitraje y litigio y derecho de la competencia de Cárdenas & Cárdenas Abogados Ltda. en Bogotá. El presente artículo contó con la revisión y comentarios de Daniela Vergel, abogada asociada de Cárdenas & Cárdenas Abogados Ltda.

Este debate, sobre si debe ser renunciable o no el recurso de anulación contra un laudo, tiene como trasfondo la noción misma de arbitraje como mecanismo de solución de conflictos. La pregunta lleva implícita la compleja controversia sobre si es concebible un laudo sin control judicial de alguna clase. Los posibles escenarios legales frente a este problema son muchos. En un extremo se encuentra la situación en la que el laudo está sujeto a un recurso de anulación ante un tribunal de la sede del arbitraje (o un tribunal del país conforme a cuya ley se dictó el laudo)[2], el cual es irrenunciable por las partes. En este caso, el laudo tiene control judicial en la sede y, además, tendría un segundo control en el lugar de ejecución (cuando éste sea diferente de la sede), normalmente bajo los parámetros previstos en la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitramento Comercial, el 10 de junio de 1958 (la "Convención de Nueva York"). En el otro extremo estaría la situación en la que el laudo carece de control judicial. Es decir, sería ejecutable sin control por parte de juez alguno, sea en sede de anulación, de reconocimiento o de ejecución.

A continuación se estudiarán (i) El marco conceptual; (ii) el marco jurídico; (iii) la forma de la renuncia; y (iv) se harán las consideraciones finales del artículo.

2. El marco conceptual

El arbitraje se debate constantemente entre la visión de quienes encuentran en él una figura típicamente contractual y aque-

2. Si bien la explicación del alcance de esta aclaración excede los propósitos del presente artículo, ella obedece a la fórmula prevista en el artículo V, numeral 1°, literal e) de la Convención de Nueva York:

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

"e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia." (Subrayas fuera del texto original).

llos que piensan que es, en esencia, una forma un tanto más flexible de proceso judicial. A pesar de la existencia de estas vertientes relativamente definidas en cuanto a visiones de lo que es el arbitraje comercial, lo cierto es que en la mayoría de legislaciones arbitrales y las instituciones jurídicas que nacen de ellas se encuentran rastros de uno y otro enfoque.

Una de las áreas de estudio del arbitraje que recibe mayor influencia de esta división conceptual es la que genéricamente puede llamarse el control judicial sobre el laudo, el cual comprende el control en la sede y el control que se ejerce en el foro de ejecución. Una visión predominantemente contractualista del arbitraje probablemente permitiría abogar por mecanismos de control judicial que sean relativamente frugales, análogos a los que se ejercen sobre un contrato firmado por dos (o más) partes. Una visión judicial del arbitraje, por su parte, probablemente nos llevaría hacia el extremo de un control más riguroso, como el que se ejerce sobre un fallo judicial. A continuación se hará un examen del marco jurídico que rodea el asunto, para después entrar en el análisis del mismo.

3. El marco jurídico

El arbitraje comercial como disciplina se nutre de una cantidad enorme de fuentes de derecho, pues se trata de la interacción de muchas leyes nacionales entre sí, más que de un marco internacional propiamente dicho, salvo por algunos aspectos puntuales en los que intervienen tratados internacionales. Estas fuentes, a su vez, pueden combinarse en una infinidad de maneras. Por esa razón, para efectos de estudiar lo que sería el marco jurídico del control judicial del laudo, se tomarán las fuentes más importantes que, discutiblemente, son las siguientes: (i) la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI. Si bien no es una fuente de derecho, sí reúne muchas de las tendencias conceptuales sobre la materia y, además, ha servido de modelo o guía para

muchas de las legislaciones arbitrales del mundo; (ii) la Convención de Nueva York. Aunque se trate de una norma dictada para regular el reconocimiento de laudos extranjeros, contiene disposiciones relevantes respecto del efecto que tiene la anulación de un laudo para su posterior ejecución; (iii) las legislaciones arbitrales más importantes entre las que permiten, total o parcialmente, la renuncia al recurso de anulación o se establecen excepciones a la procedencia del mismo.

3.1 El recurso de anulación y la ley modelo de la CNUDMI

La ley modelo de la CNUDMI establece en el artículo 34 que la petición de nulidad es el único recurso contra el laudo. En él no se dice si sería renunciable por las partes, sino que se establecen las causales que pueden servir para anularlo[3].

3. Artículo 34. *La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*
"1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
"2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
"a) la parte que interpone la petición pruebe:
"i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
"ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
"iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
"iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
"b) el tribunal compruebe:
"i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
"ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.
"3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.
"4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Lo más significativo de las causales de anulación previstas en la ley modelo de CNUDMI es que ellas son de naturaleza procedimental, lo cual podría hacerlas ver como poco importantes en una visión *prima facie* del tema. Sin embargo, se trata de causales que están destinadas a (i) asegurarque el mecanismo escogido por las partes en el pacto arbitral es el que efectivamente fue utilizado; y (ii) que no se hayan violado normas o conceptos de obligatoria observancia en materia de arbitrabilidad y orden público internacional.

La naturaleza de las causales de anulación previstas en la ley modelo de la CNUDMI, cuya orientación es seguida por muchas legislaciones arbitrales del mundo (aunque no necesariamente lo son las causales específicamente consideradas), hacen que resulte problemático permitir a las partes renunciar a ellas. Como se dijo, son causales cuyo propósito último no es revisar la decisión de fondo sino asegurarse de que el laudo se haya dictado de la manera escogida por las partes en el pacto arbitral y respetando las normas a las cuales estaba sometido en materia de arbitrabilidad y orden público internacional. Por esa razón, la renuncia de antemano al recurso de anulación puede parecer problemática. Se trataría de una especie de carta blanca para que el tribunal incurra en cualquier error o, en un caso extremo, cometa alguna arbitrariedad. Esta dificultad puede extenderse a la mayoría de legislaciones del mundo conforme a las cuales ha de resolverse un recurso de anulación pues, como se estableció anteriormente, la orientación del recurso de anulación contenida en la ley modelo de la CNUDMI es seguida en muchos países del mundo.

3.2 El recurso de anulación y la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York se ocupa principalmente de los efectos del pacto arbitral y de las condiciones de ejecución de los laudos extranjeros. No establece obligación alguna a cargo de los miembros adherentes respecto de las condiciones en que

debe surtirse la impugnación de un laudo por los tribunales competentes. Tampoco habla de cuándo puede o no renunciarse el recurso de anulación. Sin embargo, se hacen varias referencias al escenario de la nulidad de un laudo, todas ellas en el contexto de la ejecución del mismo como laudo extranjero.

La primera mención que se hace del recurso de anulación en la Convención de Nueva York es la que aparece en el artículo V, 1.e):

> "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
> (...)
> "e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia."

La Convención de Nueva York entiende que cualquier sede puede tener procedimientos internos de control judicial del laudo que conduzcan a su posible suspensión o anulación. En esta norma se establece un mecanismo de respeto por dichas disposiciones, el cual consiste en permitir que se detenga o evite la ejecución de un laudo en el extranjero que haya sido anulado o suspendido por los tribunales de la sede (o los que funjan como tales, según el caso). Si bien existe una doctrina relativamente desarrollada sobre cuáles son los eventos en los cuales se puede ejecutar un laudo que ha sido anulado en la sede (la cual forma parte, de acuerdo con algunos doctrinantes, de la llamada deslocalización del arbitraje comercial internacional), lo cierto es que la inclusión en la Convención de Nueva York de la anulación del laudo como causal para impedir el reconocimiento del mismo en el extranjero es indicativo de que esta posibilidad es un asunto que no se entiende como de interés exclusivo de las partes. Se trata de una disposición legal análoga a la que se podría soste-

ner respecto de la ejecutoria de una sentencia judicial extranjera, por ejemplo. Esta afirmación resulta parcialmente matizada si se tiene en cuenta que esta causal para evitar la ejecución de laudo solamente opera a solicitud de parte, lo cual puede resultar en que, *de facto*, se ejecuten laudos anulados en la sede cuando las partes interesadas se abstengan de alegar la anulación del laudo como impedimento para su reconocimiento y ejecución. Sin embargo, sigue siendo cierta.

Por otra parte, el artículo VI de la Convención de Nueva York también merece atención en este contexto:

> "Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas."

Esta norma establece condiciones especiales para la ejecución de la sentencia cuando el resultado de un posible proceso de anulación aún es incierto. La Convención de Nueva York trata así de balancear el interés de la parte vencedora en una pronta ejecución del laudo, con el respeto debido al control judicial que se ejerce en la sede.

Las dos normas citadas demuestran que, como se dijo anteriormente, la anulación de un laudo por los jueces de la sede (o quienes cumplan la función de los mismos) es un asunto que trasciende el puro interés de las partes. Existe un marco jurídico internacional, previsto en la Convención de Nueva York, diseñado para que, en determinadas circunstancias, los mecanismos de control de la sede sean respetados en el extranjero.

3.3 La renuncia al recurso de anulación en el derecho comparado

A continuación se describen los regímenes arbitrales más importantes en los cuales se ha excluido el recurso de anulación en ciertos casos, o se les ha permitido a las partes pactar la renuncia del mismo.

3.4 Bélgica

La ley belga (ley del 27 de marzo de 1985, que incluyó un nuevo parágrafo 4 al artículo 1717 del Código Judicial) establecía que los tribunales de Bélgica únicamente podrían decidir recursos de anulación de laudos proferidos en ese país cuando por lo menos una de las partes de la disputa era un individuo con nacionalidad o residencia belga, o cuando se tratara de una entidad constituida en Bélgica o con una subsidiaria u otro establecimiento en Bélgica[4]. Esta disposición no preveía una posibilidad de renuncia al recurso de anulación sino que, simplemente, excluía de la posibilidad de este recurso ante los tribunales belgas, a cualquier laudo originado en una disputa que no incluyera a una parte que tuviera con Bélgica un vínculo suficiente, el cual se establecía de acuerdo con los criterios señalados en la norma.

Esta medida fue repensada y luego modificada en 1998, para establecer una regla según la cual era posible para las partes de un acuerdo de arbitraje en un escrito posterior, pactar la renuncia al recurso de anulación cuando ninguna de ellas es una persona natural nacional o residente en Bélgica o una persona jurídica con su asiento principal o una sucursal en Bélgica[5]. Este cambio tuvo dos consecuencias fundamentales: (i) le devolvió a los tribunales belgas la jurisdicción para conocer del recurso de

4. Gaillard, Emmanuel. Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional. 1ª edición. CEDEP y Thomson Reuters, 2010 para 66-67.
5. Ley de mayo 19 de 1998 que modificó el parágrafo 4 al artículo 1717 del Código Judicial.

anulación que se interpusiera contra cualquier laudo dictado en Bélgica, aún si esa era la única conexión que tenía Bélgica con el arbitraje; y (ii) permitió que fueran las partes de la disputa quienes decidieran, en ciertos casos, si procede o no el recurso de anulación en contra del laudo proferido en territorio belga. Los tribunales belgas, entonces, están ahora facultados para resolver un recurso de anulación interpuesto contra un laudo dictado por un tribunal cuyo único vínculo con Bélgica es que ese fue el lugar de la sede del arbitraje. Estos laudos, sin embargo, están sujetos a control judicial para su ejecución en Bélgica, de acuerdo con el artículo 1710 del Código Judicial Belga[6].

3.5 Suiza

Suiza adoptó la medida en esta materia dos años después de la ley belga de 1985 referida anteriormente y, aunque siguió la línea de establecer la exclusión del recurso de anulación para los laudos proferidos por tribunales cuyo único vínculo con Suiza era el lugar de la sede del arbitraje, lo hizo de manera opcional, como ocurrió en Bélgica posteriormente, en 1998, según se explicó anteriormente. El artículo 192 del estatuto federal de derecho internacional privado de 1987 permitió que las partes de un arbitraje renunciaran total o parcialmente al recurso de anulación, cuando ninguna de ellas tiene su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial en Suiza. Si bien los casos puntuales en los que se puede renunciar al recurso de anulación son distintos con los que se incluyeron en la ley belga de 1998, la filosofía que los inspira parece ser la misma, que es la de tratar como extranjeros, cuando las partes así lo quieran, los laudos cuyo único vínculo con el país es que las partes lo hayan escogido como sede. La ley Suiza exige que el laudo que por esa vía resulte excluido de control judicial de anulación, se trate como un laudo extranjero y, por lo tanto, si se requiere su ejecución en

6. POUDRET, Jean François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Second edition, 2007, London: Sweet & Maxwell Ltd., p. 785.

Suiza, es necesario que se surta previamente un proceso de reconocimiento a la luz de la Convención de Nueva York[7].

3.6 Suecia

En Suecia la posibilidad de excluir ciertos laudos del recurso de anulación tiene su origen, según un sector de la doctrina[8], en el razonamiento utilizado por la Corte Suprema sueca en el caso "Uganda", fallado en 1989, en el que se estableció que las partes de un arbitraje que no tuvieran relación alguna con Suecia, podían renunciar al recurso de anulación (sin especificar si la renuncia podía ser parcial o total). La ley sueca de arbitraje de 1999 luego dispuso, en el artículo 51, que si ninguna de las partes en una disputa comercial tiene su domicilio o establecimiento de negocios en Suecia, pueden excluir todas o algunas de las causales de anulación previstas en la ley, con excepción de las de invalidez, las cuales se consideran de orden público y no pueden ser renunciadas.

Al igual que en el caso suizo, la ley sueca de arbitraje (artículo 51) establece que un laudo respecto del cual se ha realizado una renuncia de este estilo, debe tratarse como un laudo extranjero para efectos de su ejecución en Suecia. Por lo tanto, para este efecto, sería necesario un proceso de reconocimiento previo.

3.7 Francia

La reciente ley francesa de arbitraje[9] trata el tema de forma novedosa, en el sentido que permite que las partes renuncien al derecho de interponer un recurso de anulación contra el laudo

7. Gerber, Elliott y Vivian Frossard.*International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners Capítulo 8* - Challenge and Revision of the Award en Gabrielle Kaufmann-Kohler y BlaiseStucki , (Kluwer Law International 2004) pp. 135 - 166.
8. Hobér, Kaj. *International Commercial arbitration in Sweden.* 1st edition.Oxford University Press.New York, 2011, p. 344.
9. Expedida por el Decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011. Entró en vigencia el 1° de mayo de 2011.

sin establecer condicionamientos de nacionalidad, domicilio u otros similares. Este derecho, sin embargo, no se extiende a la orden de ejecución (*l'ordonnaced'exequatur*)[10], la cual nunca puede renunciarse. Esto significa que, al igual que en los casos sueco y suizo, la renuncia al recurso de anulación no implica la posibilidad de ejecución del laudo en Francia sin control judicial alguno, sino simplemente la ausencia del control propio del juez de la sede. El control que le corresponde al juez del lugar de ejecución se ejerce plenamente.

3.8 Estados Unidos

El *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos de América no contempla la posibilidad de renuncia al recurso de anulación. Sin embargo, en varias ocasiones se ha intentado alegar ante cortes estadounidenses que las partes renunciaron válidamente a dicho control al acogerse a un reglamento que dice que el laudo será final, por ejemplo. Los casos conocidos en esa materia han tenido como resultado la decisión de las cortes en el sentido de establecer que dichas estipulaciones son ineficaces al pretender suprimir la competencia de las cortes americanas para resolver el recurso de anulación bajo el FAA.[11]

3.9 Panamá

El caso panameño es muy interesante porque existe un pronunciamiento constitucional específico sobre el tema. Frente a la constitucionalidad del artículo 36 del decreto-Ley No. 5, que establecía que el recurso de anulación se podía renunciar por las partes o se podía establecer por el reglamento de arbitraje apli-

10. ATALLAH, Anil. WADE, Shai. TETLEY, Andrew. TAOR, Mireille. *France revises arbitration law*. Reed Smith Client alerts, May 25, 2011. http://www.reedsmith.com/publications/search_publications.cfm?widCall1=customWidgets.content_view_1&cit_id=31305

11. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Cases and Materials- Chapter 15: Annulment and Revision of International Arbitral Awards*. *Kluwer Law International* 2011 pp. 1047-1123.

cable, la Corte Suprema de Justicia señaló que *"una norma con jerarquía legal que permita a las partes renunciar anticipadamente y en abstracto al ejercicio de un medio de impugnación es contraria a la garantía fundamental del debido proceso*[12]*."*

Este pronunciamiento resulta interesante porque se refiere a la renuncia "anticipada" y "en abstracto" al ejercicio del recurso. Esto significa que quien quiera renunciar a ejercer el derecho a impugnar un laudo debe saber exactamente cuál es la falencia frente a la cual está ejerciendo esa renuncia, lo cual únicamente es posible cuando el laudo ya ha sido expedido. Es la renuncia anticipada la que resultó inconstitucional. Esto guarda coherencia con lo dicho al principio del presente artículo en el sentido de que todo laudo puede *de facto* escapar al control judicial. La discusión es, finalmente, si dicho control se puede renunciar por las partes antes de conocer el alcance exacto de la renuncia, por no haberse proferido aún el laudo.

3.10 Perú

El Decreto Legislativo No. 1.071, el cual rige en el Perú desde el 1° de septiembre de 2008, permite en el artículo 63, que las partes de un acuerdo arbitral renuncien expresamente al recurso de anulación si ninguna de ellas es de nacionalidad peruana o tiene su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en el Perú.

> "Artículo 63
>
> (...)
>
> "8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de

12. Citado por JIMÉNEZ, Dyalá. "Renuncia al recurso de anulación: alcances y análisis comparativo." En El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Tomo I Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 531-538.

anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII."

El título VIII mencionado en este artículo se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Esto significa que en el caso peruano la renuncia al recurso de anulación también conduce a que se trate el laudo como extranjero y, como se desprende del aparte subrayado, la ejecución del mismo en el Perú requiere del control propio de la sede de reconocimiento.

3.11 Colombia

La justicia colombiana se ha referido al tema en una ocasión. La Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá estudió un recurso de anulación interpuesto en contra de un laudo dictado de conformidad con el Reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR por sus siglas en inglés). El tribunal arbitral aplicó, según el acuerdo de las partes, la ley sustancial colombiana y sesionó en la ciudad de Bogotá.

Inicialmente el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por vía de la magistrada ponente, declaró inadmisible el recurso por considerar que el Reglamento ICDR, al cual las partes se sometieron expresamente, establecía que un laudo proferido conforme a dicho reglamento era definitivo y, por lo tanto, al escoger ese reglamento para regir el trámite arbitral, las partes habían renunciado al recurso de anulación. Frente al raciocinio de la providencia inicial sobre la imposibilidad de las partes de presentar el recurso de anulación por lo dispuesto en el Reglamento ICDR y el laudo en cuestión, el mismo Tribunal, esta vez en sala dual, manifestó lo siguiente:

"(...) si bien las partes gozan de autonomía para reglamentar el procedimiento, no pueden ir en contra del debido pro-

ceso a fin de revisar si el procedimiento previsto por las partes fue cumplido o no, en consecuencia el recurso era procedente."

Concluye el tribunal entonces que el recurso es procedente aún si las partes hubieran renunciado a él, por cuanto es un mecanismo tendiente a establecer si el trámite pactado por las partes efectivamente se cumplió. Entendió entonces el tribunal que el recurso de anulación contra el laudo arbitral era irrenunciable a la luz de la ley colombiana[13]. Esto es apenas razonable teniendo en cuenta que la posibilidad de renuncia al recurso de anulación en una legislación traería consigo la falta absoluta de control judicial del laudo, pues la ley colombiana no reemplazaría este recurso con el procedimiento de reconocimiento propio de un laudo extranjero, como sí lo hacen las legislaciones suiza y sueca.

Finalmente, hay que señalar que el proyecto de ley de arbitraje internacional que cursa actualmente en el Congreso colombiano contempla en el artículo 108 la posibilidad de las partes de renunciar al recurso de anulación, siempre y cuando ninguna de ellas tenga su domicilio o residencia en Colombia y, al igual que en las legislaciones suiza y sueca, le otorga a dicho laudo el tratamiento de laudo extranjero el cual deberá ser objeto de control judicial para la ejecución del mismo en Colombia.[14]

4. La forma de la renuncia

¿Cuándo se entiende que una parte ha renunciado al recurso de anulación? Esta es una pregunta cuya respuesta es comple-

13. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Dual Civil de Decisión, Auto del 21 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.
14. Proyecto de Ley "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones": "Artículo 111. Reconocimiento y ejecución. Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:

    (…)

    "3. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento."

ja. Y lo es porque, además de la renuncia expresa e indiscutible, hecha por las partes en un documento (el que contiene el pacto arbitral u otro) en términos inequívocos, existe la posibilidad de que exista una renuncia indirecta o tácita. Esta última puede producirse de muchas maneras pero, en particular, por la referencia que hagan las partes en el pacto arbitral a un reglamento de arbitraje que contenga una disposición que sugiera, o señale expresamente, que el laudo carecerá de recursos[15].

Vale la pena entonces revisar qué se ha dicho en diversos foros respecto de cuándo se entiende que las partes han renunciado a interponer el recurso de anulación. En esta materia los tribunales estatales parecen haber sido supremamente cautelosos.

15. Cámara de Comercio Internacional - CCI. Reglamento de Arbitraje (1° de enero de 1998 - 31 de diciembre de 2011).

"Artículo 28. Notificación, depósito y carácter ejecutorio del Laudo.
(...)
6. Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente."

- Reglamento de Arbitraje (1° de enero de 2012)
  "Artículo 34. Notificación, depósito y carácter ejecutorio del Laudo.
  (...)
  Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente."

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial- CIAC. Reglamento de Procedimientos (1° Abril de 2002). "Artículo 29. Forma y efecto del Laudo. (...) 2. El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora."

Centro Internacional para la Resolución de Disputas - ICDR.Reglamento de Arbitraje (1° de junio de 2010). "Artículo 27. Forma y Efecto del Laudo. 1. El tribunal dictará su laudo prontamente y por escrito. El laudo será definitivo y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora."

Corte de Arbitraje Internacional de Londres - LCIA. Reglamento de Arbitraje (1° de enero de 1998). Artículo 26. El Laudo. (...). 26.9. Todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado sólo por el Artículo 27). Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada."

En Suecia, por ejemplo, el artículo 51 de la ley de arbitraje exige que la renuncia sea escrita y que en ella se diga específicamente que las partes renuncian total o parcialmente al recurso de anulación. Esto significa que la sola referencia a un reglamento arbitral que contenga una disposición que establezca o sugiera la renuncia de las partes al derecho que tiene a impugnar el laudo, es insuficiente para entender que este derecho ha sido renunciado[16]. Lo mismo ocurre con el artículo 1522 del Código de Procedimiento Civil Francés, el cual permite la exclusión del recurso de anulación cuando las partes "expresamente" renuncien a él. La inclusión del término "expresamente" probablemente pretende evitar la discusión sobre lo que ocurriría con las renuncias tácitas o aquellas que se producen con ocasión de la referencia a un reglamento de arbitraje.

Las cortes de los Estados Unidos de América, por su parte, han tenido una aproximación similar al tema. Varios tribunales han interpretado las referencias hechas a un reglamento arbitral como insuficientes para concluir que en ellas se tuvo el propósito de renunciar al recurso de anulación contra el laudo[17].

En el Perú la ley general de arbitraje exige que la renuncia sea expresa y escrita. No se admite como renuncia la simple referencia a un reglamento de arbitraje.

La regla, entonces, parece ser que la renuncia al recurso de anulación, cuando ella es posible, debe ser expresa y escrita. No pareciera haber casos en los que la simple referencia a un reglamento de arbitraje bastara como renuncia al recurso de anulación.

16. Hobér, Op. cit. p. 344.
17. Born, Gary. Op Cit. pp. 1047-1123.

5. Consideraciones finales

Los diferentes escenarios planteados a lo largo del presente artículo permiten concluir que, como regla general, la posibilidad de que las partes renuncien al recurso de anulación no se ha extendido a la ausencia absoluta de control judicial sobre el laudo. Los países que permiten o han permitido en algunos momentos de su historia que las partes renuncien al recurso de anulación, o que han establecido excepciones a la procedencia del mismo en ciertas circunstancias, han reservado siempre la posibilidad de control judicial en el momento de ejecución. Si bien este es un mecanismo que desmejora la posibilidad de control para las partes, especialmente para la parte demandante vencida, quien no tendrá un foro de ejecución ante el cual plantear la irregularidad que encuentre en el laudo, sí es indicativo de que estamos lejos de los laudos que carecen absolutamente de control.

Como se dijo al principio del presente artículo esto podría parecer, *prima facie*, contradictorio con el hecho de que *de facto* es inmenso el número de laudos que jamás tienen control judicial. Sin embargo, no veo allí una contradicción conceptual. Las partes de un acuerdo arbitral, como regla general, pueden renunciar a cualquier forma de control que recaiga sobre el laudo, una vez que lo conocen y, por lo tanto, entienden y conocen el alcance de la renuncia que formulan. Lo que no parece aceptarse hoy en día es que ello se haga *a priori*, pues esto implicaría una renuncia anticipada y hecha a ciegas respecto de un control que se ejerce sobre elementos fundamentales del arbitraje y, por lo tanto, podría permitir que un laudo que se dictara en franca contradicción con lo estipulado por las partes en el acuerdo arbitral, fuera definitivo sin que se ejerciera sobre él control alguno. Por esa razón, esta fórmula parece sensata y no sería conveniente avanzar hacia la expedición de laudos sin control alguno.

Las medidas provisionales y cautelares: A propósito de ciertos aspectos recurrentes en el arbitraje de inversiones

Alexis Mourre y Alexandre Vagenheim
Castaldi Mourre & Partners

Sumario:

1. Introducción. **2.** Las condiciones para conceder medidas provisionales y cautelares. **2.1** El examen prima facie de la competencia del tribunal arbitral. **2.2** Condiciones del otorgamiento de la medida. **2.3** ¿Recomendar u ordenar? **3.** El exclusivismo imperfecto del Convenio de Washington en materia de medidas provisionales y cautelares. **4.** La cuestión de las medidas ex parte. **5.** El poder de los árbitros para dictar órdenes y penas coercitivas. **5.1** Anti-suit injunctions y procedimientos paralelos. **5.2** Poder de los árbitros para dictar órdenes, multas coercitivas y ejecución específica. **6.** La constitución de garantías.

1. Introducción

Con el aumento de la duración y de la complejidad de los procedimientos arbitrales, cada vez es más frecuente que las partes recurran a las medidas provisionales, para proteger sus derechos durante el procedimiento. El poder de ordenar tales medidas es inherente al ejercicio de la *juris dictio*, sea por el juez o por el árbitro.

Tales medidas, cuya variedad es amplia, se caracterizan en primer lugar por su carácter no definitivo, y por tanto, por el

hecho de que el juez o el árbitro pueden en todo momento modificarlas o revocarlas.

La ley-tipo de la CNUDMI, según su redacción actual, luego de las reformas adoptadas en 2006, define la medida provisional como una "medida temporal", por la cual el tribunal arbitral ordena a una parte que

> "a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia"[1].

Estas medidas se caracterizan igualmente por el objetivo que persiguen, el cual es preservar los derechos de alguna o algunas de las partes. Lo que se acentúa, entonces, es su carácter cautelar. Así, el reglamento de arbitraje de la CCI hace referencia a los términos *"cautelares y provisionales"*[2]. La Ley federal suiza sobre Derecho Internacional Privado, y el Decreto francés del 13 de enero de 2011 hacen también referencia a medidas *"cautelares o provisionales"*[3]. El Derecho de la Unión Europea expresa claramente esta dimensión funcional al caracterizar estas medidas como aquellas *"destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento además está siendo solicitado al juez del fondo"*[4].

El recurso a las medidas cautelares y provisionales no es nuevo en Derecho Internacional Público. El artículo 41 § 1 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") ya dispo-

1. Artículo 17 (2).
2. Artículo 23.
3. Artículo 183 LDIP; artículo 1468 CPC.
4. CJCE, Reichert II, 26 de marzo de 1992, C-261/90, Rc. 1992 p. 2175 N. 34.

nía que "La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes".

Seguidamente, dichas medidas encontraron su lugar en la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965; esta última sin embargo tomó en consideración la particular naturaleza del arbitraje entre inversionistas y Estados, limitando el poder de los árbitros a la formulación de "recomendaciones", término menos prescriptivo que aquellos de orden o decisión. Esta marca de deferencia hacia la soberanía de los Estados se expresa en el artículo 47 del Convenio de Washington, el cual dispone que, "salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes".

Las medidas provisionales o cautelares que puedan ser ordenadas durante el arbitraje pueden referirse tanto a la administración del procedimiento como a los derechos sustanciales de las partes. Ciertos tribunales parecen haber considerado que el artículo 47 de la Convención de Washington tiene un campo de aplicación extenso y se aplica indiferentemente a la preservación de derechos substanciales de las partes y a la administración de la prueba. En el caso *Biwater*, el tribunal arbitral consideró así, que:

> "la precisa línea divisoria entre lo que es (i) propiamente una medida provisional bajo el Artículo 47 y (ii) una orden bajo el Artículo 43, puede no siempre ser inmediatamente obvia. Esto es aún más patente tomando en cuenta que (como se explicó arriba) el Artículo 47 se extiende a la protección de derechos procesales respecto de la evidencia, y que en el pasado, los tribunales que han formulado recomendaciones para la reunión y preservación de la evidencia según el Artículo 47 (posiblemente) también hubieran podido formularlas en virtud del Artículo 43"[5].

Sin embargo, es posible pensar que los redactores del Convenio quisieron someter las solicitudes de tipo probatorio a un régimen particular. En este sentido, el artículo 43 del Convenio hace referencia al poder del tribunal arbitral para ordenar la producción de pruebas, de visitar todos los lugares relacionados con el litigio y de llevar a cabo todas las investigaciones, y el artículo 19 del Reglamento de Arbitraje prevé que el tribunal puede dictar todas las órdenes necesarias para conducir el procedimiento. Como veremos, esta distinción puede no estar totalmente desprovista de consecuencias.

El presente artículo no tiene por objeto abarcar todas las cuestiones relativas a las medidas provisionales y cautelares en el arbitraje de inversiones, ya que las mismas han sido objeto de exhaustivos análisis en otros trabajos[6]. Nosotros nos limitaremos a abordar ciertas cuestiones específicas que consideramos merecen una reflexión particular.

Luego de hacer un recordatorio general de las condiciones requeridas para acordar medidas provisionales y cautelares en el arbitraje de inversiones (2), nos referiremos a la imperfecta exclusividad de competencia que tienen los tribunales arbitrales del CIADI en la materia (3), al poder de los árbitros para ordenar medidas *ex parte* en presencia de un Estado (4), al poder de los árbitros para dictar órdenes, de las penas coercitivas, y de la ejecución específica en materia de inversiones internacionales (5), y finalmente, a las medidas que ordenan la constitución de garantías (6).

5. Biwater Gauff (Tanzanie) Limited v. United Republic of Tanzania, Caso CIADI ARB/05/22, orden de procedimiento n° 1, § 80 (traducción libre), adde. Ch. SCHREUER y otros, *The ICSID Convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, 2009, § 80, p. 780.
6. A. ANTONIETTI, « ICSID and Provisional Measures: An Overview », *Int. Law Forum*, 2005, vol. 7, p. 10.- R. ZIADÉ, « *Mesures provisoires et conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique)* », *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux: aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), LGDJ/Anthemis, 2009, L. MALINTOPPI, « Provisional measures in recent ICSID proceedings: what parties request and what tribunals order », en *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Ch. BINDER et al (eds), Oxford University Press, 2009, pp. 157-184.

2. Las condiciones para conceder medidas provisionales y cautelares

El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje CIADI prevé que el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales o cautelares a la solicitud de una de las partes[7] o por su propia iniciativa[8] (artículo 39.3), siendo esta última hipótesis más bien excepcional en la práctica.

La multiplicación de solicitudes de este tipo ha permitido a los tribunales del CIADI desarrollar progresivamente las condiciones bajo las cuales estas pueden ser admitidas. Nosotros nos limitaremos aquí a tratar sobre las cuestiones que se presentan con mayor frecuencia. Examinaremos en primer lugar la apreciación *prima facie* del tribunal arbitral sobre su propia competencia (2.1), luego el control ejercido por el tribunal de acuerdo a la medida solicitada (2.2). Finalmente nos interrogaremos sobre el significado de la noción de "recomendación" en el arbitraje CIADI (2.3).

2.1 El examen *prima facie* de la competencia del tribunal arbitral

Cuando la competencia del tribunal arbitral no es impugnada o cuando este último ya se ha pronunciado sobre su competencia, el mismo es, en principio, competente para adoptar las medidas provisionales o cautelares. Puede ocurrir, sin embargo, que tales solicitudes sean presentadas aun cuando la competencia del tribunal no ha sido todavía establecida. En tales casos, ¿puede el tribunal pronunciarse inmediatamente? El artículo 39.2 del Reglamento impone al tribunal arbitral dar prioridad al tratamiento de la solicitud de medidas provisionales o cautelares. El tribunal arbitral podrá entonces encontrarse en la situación de tener que pronunciarse sobre la solicitud de medidas

7. Artículo 39 (1) del Reglamento de Arbitraje CIADI.
8. Artículo 39 (3) del Reglamento de Arbitraje CIADI.

provisionales antes de haberse pronunciado sobre su competencia en cuanto al fondo[9], pero, al hacer esto, ¿no estaría prejuzgando su decisión subsiguiente respecto de esta última cuestión?

Los árbitros, para resolver este problema, han recurrido al método del control *prima facie* de su propia competencia[10]. En el caso Chevron c. la República de Ecuador, el tribunal arbitral estimó entonces que

> "para el limitado propósito de la presente decisión, el Tribunal asume provisionalmente que tiene jurisdicción para decidir sobre la Segunda Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes en base a que los Demandantes han establecido satisfactoriamente para el Tribunal, un caso suficiente para la existencia de tal competencia en esta etapa preliminar del procedimiento arbitral".[11]

Este método permite a los árbitros verificar que no son manifiestamente incompetentes, y evitar así, adoptar medidas que estarían destinadas a ser revocadas, y que pudieran ocasionar un perjuicio al demandado.

Tal control, comparable en ciertos aspectos a aquél que ejercen ciertas instituciones de arbitraje cuando deciden continuar el procedimiento en presencia de una impugnación sobre la competencia del tribunal[12], o a aquél ejercido por el juez de apoyo en los países que reconocen el efecto negativo del principio *compétence-compétence*[13], presenta un carácter preliminar por su natu-

9. Ver por ejemplo: *Holiday Inns S.A., Occidental Petroleum Corporation et al. v. Government of Morocco*; caso No. ARB/72/1 § 50, D. 2 de julio de 1972, el tribunal « es competente para ordenar medidas provisionales », pero « las partes conservan el derecho [...] de presentar, durante la continuación del procedimiento, toda excepción relativa a la competencia del Tribunal sobre cualquier otro aspecto del litigio » (traducción libre) en P. LALIVE, « The First World Bank Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems », *British Yearbook of International Law*, 1980, pp. 123 y ss.
10. Ver por ejemplo: *Ford Aerospace v. The Air Force of Iran*, Caso No. 159 Tribunal de Reclamaciones EE.UU.-Irán, Laudo preliminar No. ITM 39-159-3, 4 de junio de 1984; *Holiday Inns c. Royaume du Maroc*, 2 de Julio de 1972, en P. Lalive, op. cit. pp. 123 y ss.
11. Chevron Corp. and Texaco Petroleum Co. v. The Republic of Ecuador, Caso de la CPA nº 2009-23, Orden del 9 de febrero de 2011 (traducción libre). Ver en Internet: (http://italaw.com/documents/ChevronAndTexacoVEcuador_InterimMeasuresOrder.pdf)
12. Ver por ejemplo el artículo 6 (2) del Reglamento CCI.
13. En Francia, ver el artículo 1.448 CPC.

raleza y no prejuzga en nada la futura decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia. En el caso *Vacuum Salt c. République du Ghana*, el tribunal ordenó así ciertas medidas provisionales[14] antes de declararse incompetente *rationae materiae*[15]. En el caso Pey Casado c. República de Chile, el tribunal estimó que:

> "las medidas provisionales, las cuales son provisionales por naturaleza y definición (tal como lo observa con acierto la parte demandada), las puede modificar o anular en todo momento el Tribunal, no tienen fuerza de '*res judicata*', sólo permanecen vigentes durante el procedimiento, y "quedan automáticamente sin efecto" si el Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia."[16]

La jurisprudencia de la CIJ ha confirmado que en presencia de una objeción sobre su propia competencia, el tribunal arbitral puede sin embargo pronunciar medidas provisionales y cautelares luego de una verificación *prima facie* de su competencia. En su decisión sobre el caso relativo a las *Fábricas de* pasta de papel sobre el río de Uruguay (Argentina c. Uruguay), la Corte señaló:

> "para pronunciarse sobre una solicitud de medidas cautelares, la Corte no necesita asegurarse de manera definitiva de tener competencia para conocer sobre el fondo del caso, sino que podrá hacerlo en la medida en que exista, *prima facie*, una base sobre la cual pueda fundamentar su competencia".[17]

El arbitraje del CIADI presenta sin embargo la particularidad de que un control *prima facie* ya ha sido ejercido por el Centro al momento de registrar la demanda. Toda demanda de arbitraje debe, en efecto, según el artículo 36 (3) del Convenio de

14. *Vacuum Salt Products, Ltd. c. Ghana*, Caso CIADI ARB/92/1, Decisión sobre las medidas cautelares del 14 de junio de 1993.
15. *Vacuum Salt Products, Ltd. c. Ghana*, prec., Laudo de 16 de febrero de 1994.
16. *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI ARB/98/2, Decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, §14; *ICSID Review*, 2001, p. 567.
17. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Corte Internacional de Justicia, orden sobre medidas cautelares, 23 de enero de 2007, § 24 (traducción libre).

Washington, someterse a un examen preliminar por la Secretaría General, respecto de la competencia del Centro, y la Secretaría no permitirá la admisión de la demanda si considera "que la controversia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro".

El Secretario General verificará entonces, en particular, sobre la nacionalidad del demandante y el contenido de la demanda, y si la misma corresponde aparentemente a la competencia del Centro. Tal control *prima facie*, ¿dispensará a los árbitros de verificar a su vez que ellos no son manifiestamente incompetentes cuando deban pronunciarse sobre una solicitud de medidas provisionales o cautelares mientras que su competencia está siendo cuestionada en cuanto al fondo?

El registro hecho por la Secretaría General no vincula al tribunal arbitral, el cual se mantendrá libre para declararse incompetente. En principio, ocurre lo mismo al momento de la apreciación *prima facie* por el tribunal sobre su propia competencia en el marco de una solicitud de medidas provisionales o cautelares. Sin embargo, el control *prima facie* ejercido por los árbitros se asemeja por su naturaleza y su contenido de aquél que ejerce la Secretaría General en aplicación del artículo 36. Muchos autores ven, por cierto, en el registro de la demanda por la Secretaría General, una presunción *prima facie* de la existencia de competencia[18].

El control, de naturaleza administrativa, ejercido por la Secretaría General no podrá sin embargo dispensar al tribunal arbitral –que ejerce una función jurisdiccional– de efectuar sus propias verificaciones[19].

18. Ch. Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, prec. p. 772.
19. Ver Ch. Brower y R.E.M. Goodman "Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdictional Exclusivity Against Municipal Proceedings", *ICSID Review* 6, 1991, p. 431, v. sin embargo más matizado, R. Ziade, op. cit., p. 201.

El tribunal del caso Pey Casado c. Chile, luego de haber señalado que el examen preliminar de la competencia del CIADI "se aproxima, en cierta medida y a pesar de las diferencias en cada situación, al test '*prima facie*' de la Corte Internacional de Justicia", observó correctamente que,

> "el registro efectuado por el Secretario General del CIADI no obliga a nada al Tribunal de Arbitraje, ni lo exime, en caso de que su competencia sea objetada, de asegurarse de que ésta existe prima facie o, expresado en términos negativos, de que no exista incompetencia manifiesta"[20].

El tribunal del caso *Occidental c. Ecuador* estimó por su parte que:

> "Si bien no es necesario que el Tribunal concluya que posee competencia para entender en el fondo del asunto a fin de pronunciarse sobre las medidas provisionales que se solicitan, se abstendrá de disponer tales medidas a menos que exista, *prima facie*, una base que permita establecer su jurisdicción"[21].

2.2 Condiciones del otorgamiento de la medida

El Convenio de Washington y el Reglamento de Arbitraje del CIADI no precisan los derechos susceptibles de ser objeto de una medida de protección. El artículo 39 (1) del Reglamento apenas impone a la parte solicitante, identificarlos. Tales derechos alegados podrán sin embargo ser impugnados. Los árbitros se encontrarán entonces confrontados a la situación de tener que determinar el nivel de prueba exigido por la parte demandada en el marco de una solicitud de medida provisional o conservatoria.

20. *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes*, § 11.
21. *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/11, decisión sobre medidas cautelares, 17 de agosto de 2007, § 55.

En el caso Maffezini c. Reino de España, los árbitros parecen haber exigido que sea satisfecha la prueba de la existencia de los derechos cuya protección es solicitada a título provisional. Según el tribunal, tales derechos no podrían ser "hipotéticos" y debían existir al momento de la solicitud.

Este enfoque fue criticado por el tribunal en el caso Pey Casado c. Chile, que consideró que

> "el Tribunal de Arbitraje no podría exigir, como una condición previa al otorgamiento de una recomendación, de acuerdo con la regla 39 del Reglamento, la prueba por parte del solicitante de la existencia, de la realidad o de la actualidad de los derechos que la medida solicitada pretende salvaguardar o proteger"[22].

Para el tribunal en Pey Casado,

> "Exigir que el derecho que se pretende salvaguardar sea existente, haya sido demostrado o comprobado 'al momento de la solicitud', puede ciertamente, en algunas circunstancias, no acarrear dificultad alguna. Sin embargo, en otras circunstancias, podría, *ex natura rerum*, obligar al Tribunal de Arbitraje a prejuzgar sobre el fondo, en un momento en donde precisamente no está en medida de juzgar, y bajo hipótesis en las que, por definición, la constancia o prueba de la existencia o realidad del derecho invocado no podría aportarse más que más tarde, mediante el laudo arbitral sobre el fondo del asunto."[23]

La dificultad a la que se encuentran confrontados los árbitros aquí es comparable a aquella que les lleva a verificar *prima facie* su competencia. La parte que solicita una medida provisional o conservatoria no podrá ser dispensada de toda carga de la prueba en cuanto a la existencia de derechos cuya protección es soli-

22. *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI ARB/98/2, prec. § 46.
23. *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI ARB/98/2, prec. § 48.

citada, pero no podemos tampoco exigir de ella, que lleve a cabo una demostración definitiva de su buen derecho, tal demostración supondría una instrucción completa del caso, incompatible con la celeridad requerida en el marco del contencioso de medidas cautelares. En este nivel, los árbitros se limitan a verificar que los derechos litigiosos sean susceptibles de ser establecidos, más que probados de manera cierta[24].

La otra cuestión que se plantea frecuentemente es la de la demostración de la urgencia y la existencia de un riesgo de ocasionar un perjuicio irreparable. Estas condiciones son propias del contencioso de las medidas cautelares, y no tienen lugar, evidentemente, cuando se trata de preservar pruebas[25].

El examen de la práctica de los tribunales arbitrales muestra que la admisión de las solicitudes de medidas provisionales y cautelares generalmente está condicionada al doble requisito de urgencia y de existencia de un riesgo de perjuicio irreparable. La carga de la prueba de estas condiciones pesa sobre la parte solicitante[26].

Tratándose de la urgencia, el profesor SCHREUER estima que, aun cuando los redactores del Convenio de Washington no hicieron referencia explícita a la misma, las medidas provisionales no pueden ser apropiadas salvo cuando se refieren a asuntos que no pueden esperar por la decisión sobre el fondo[27]. Este enfoque es generalmente compartido, pero los tribunales se muestran flexibles en su aplicación. El tribunal del caso *Biwater* estimó al respecto que si bien es "constante" que la urgencia constituye "un criterio" para otorgar las medidas provisionales o cautelares, el nivel de urgencia requerido depende de las cir-

24. En este sentido, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI ARB/98/2, proc. § 64.
25. Ver por ejemplo Art. 17.a.2. de la Ley-tipo CNUDMI que excluye para este tipo de medidas las condiciones del Artículo 17.a.1.
26. *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI ARB/97/7, decisión sobre una solicitud de medidas cautelares, 28 de octubre de 1999, § 10.
27. Ver Ch. SCHREUER et al, *The ICSID Convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, op cit., p. 775.

cunstancias y puede ser satisfecho cuando una parte está en condiciones de probar que es necesario obtener la medida demandada antes que sea dictado el laudo final[28].

Los tribunales aprecian caso por caso si la condición de urgencia ha sido satisfecha. Como indicó el tribunal de *Biwater*:

> "según la perspectiva del Tribunal Arbitral, el grado de 'urgencia' que se requiere depende de las circunstancias, incluyendo las medidas provisionales solicitadas, y puede ser satisfecha cuando una parte pueda probar que existe una necesidad de obtener la medida solicitada en un cierto momento en el procedimiento antes de que se dicte el laudo. En la mayoría de las situaciones, esto equivaldrá a 'urgencia' en su sentido tradicional (i.e. la necesidad de la medida en un corto período de tiempo). En algunos casos, sin embargo, el único constreñimiento temporal es que la medida sea otorgada antes de que se dicte el laudo – aunque el otorgamiento sea de aquí a cierto tiempo. El Tribunal Arbitral también considera que el nivel de urgencia requerido depende del tipo de medida solicitada."[29]

En cuanto a la prueba de la existencia de un riesgo de daño irreparable, el tribunal del caso *Railroad Development Corp c. Guatemala* precisó que la misma debía, igualmente, ser apreciada de manera razonable y según las circunstancias del caso:

> "En vista de que en el texto de la Convención CIADI no se califican los poderes de los Tribunales CIADI para recomendar medidas provisionales, el estándar aplicable será uno de razonabilidad, luego de haberse considerado todas las circunstancias de la solicitud y luego de haberse tomado en cuenta los derechos que deben protegerse y la susceptibilidad de que se produzca un daño irreparable si el tribunal dejara de emitir una recomendación."[30]

28. *Biwater Gauff Ltd. c. Tanzania*, orden procesal n° 1, prec. § 76 (traducción libre).
29. *Ibidem*.
30. *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala, Caso CIADI n° ARB/07/23*, decisión sobre las medidas provisionales, 15 de octubre de 2008, § 33 (traducción libre).

Ciertos tribunales se han centrado en la apreciación negativa de si la condición ha sido o no satisfecha: de esta manera, no sería irreparable todo daño que pueda ser reparado mediante su equivalente[31]. El tribunal de Plama estimó así que *"el daño no es irreparable si puede ser indemnizado económicamente"*[32]. Semejante enfoque pudiera, sin embargo, parecer demasiado rígido. En efecto, es poco frecuente que un daño no pueda ser reparado mediante su equivalente. Pero puede ocurrir, sin embargo, que tal reparación resulte difícil o excesivamente onerosa. Los tribunales que han decidido respecto de solicitudes de medidas cautelares deberían entonces tener en consideración la eficacia de su decisión así como el principio según el cual las partes tienen el deber de no agravar la controversia.

Podemos congratularnos de la flexibilidad y la prudencia de la que dan muestra los tribunales del CIADI en materia de medidas cautelares. Por una parte, las condiciones de urgencia y de riesgo de daño irreparable son apreciadas con flexibilidad. Pero, por otra parte, los árbitros no dictan las medidas solicitadas salvo en los casos en que estas son indispensables para evitar que la situación de una parte se agrave o para preservar el *statu quo*. Los árbitros son conscientes que las solicitudes de medidas provisionales podrían llevarles a adoptar apreciaciones sobre las cuestiones en litigio que podrían colocarles en una situación difícilal momento de pronunciarse sobre el fondo. Igualmente existe el riesgo de que, luego de haberse pronunciado a título provisional, el tribunal en lo sucesivo sea inconscientemente reticente a contradecirse. Además, siempre existe un riesgo real de que una medida cautelar adoptada para proteger los derechos de una parte, termine ocasionando un perjuicio a la otra parte, que difícilmente podrá ser reparado, en caso de que finalmente se demuestre que no era justificada y sea anulada. Las partes, por tanto, podrán verse motivadas, al momento de solicitar una

31. Ver R. Ziadé, op.cit., p. 204, el autor describe el origen de esta condición en la jurisprudencia de la CIJ.

32. *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Caso CIADI n° ARB/03/24, decisión sobre la solicitud por parte del demandante de medidas provisionales urgentes, 6 de septiembre de 2005, § 46 (traducción libre).

medida provisional o conservatoria, por consideraciones puramente tácticas.

Los árbitros deben entonces sopesar con la mayor prudencia todos los intereses en juego antes de acordar tales solicitudes. Deberán, en particular, guardarse de tomar posición sobre las cuestiones en litigio de tal manera que ello pueda afectar su independencia de espíritu a los ojos de las partes[33].

2.3 ¿Recomendar u ordenar?

El artículo 47 del Convenio de Washington y el artículo 39 del Reglamento de Arbitraje prevén que las medidas provisionales o cautelares sean tomadas bajo la forma de una recomendación. La elección de este término indica la intención de los redactores del Convenio de no conferir a los árbitros el poder de ordenar tales medidas[34]. Según ciertos autores[35], esta reserva se compensaba por la obligación de los Estados, derivada de su consentimiento al arbitraje CIADI, de someterse a toda medida ordenada por el tribunal arbitral. Es según este espíritu que se ha desarrollado la jurisprudencia del Centro, la cual ha terminado por borrar el debate semántico para dar preferencia al carácter obligatorio de las decisiones provisionales dictadas por los árbitros.

El tribunal de Maffezini estimó así que:

> "Si bien existe una diferencia semántica entre la expresión 'recomendar' empleada en la Regla 39 y la expresión 'dictar' utilizada en otras partes de las Reglas para describir la facultad del Tribunal para exigir a una parte que realice una acción determinada, dicha diferencia es más aparente que real. Incluso debe observarse que el texto de esa Regla en castellano utiliza, además, la expresión 'dictación'. El Tribunal

33. Sobre el riesgo de recusación que se deriva de una adopción de posición *prima facie* sobre las cuestiones en litigio, ver Alexis Mourre, « *Provisional Measures and Duty of Impartiality* », LCIA Newsletter, 2007/2, pp. 22 -24.
34. Ver Ch. Schreuer y otros, op. cit., p. 764, § 16.
35. Ver Ch. Schreuer y otros, op. cit., p. 764.

> no considera que las partes en el Convenio hayan querido establecer una diferencia substancial en el efecto de estas dos palabras. La autoridad del Tribunal para decidir sobre la adopción de medidas provisionales no es menos obligatoria que la de un laudo arbitral definitivo. Por consiguiente, para los efectos de la presente Resolución Procesal, el Tribunal estima que la palabra 'recomendar' tiene un valor equivalente al de la palabra 'dictar'[36]".

En el caso *Tokios Tokelesc*. Ukraine, el tribunal también estimó que:

> "según un principio bien establecido por la jurisprudencia de los tribunales CIADI, las medidas provisionales 'recomendadas' por un tribunal CIADI son legalmente obligatorias; ellas son, efectivamente 'ordenadas' por el tribunal, y las partes están bajo la obligación legal de cumplirlas."[37]

No parece por tanto que exista una verdadera distinción entre recomendaciones y decisiones, las cuales tienen, ambas, carácter obligatorio para las partes. Podemos observar en este sentido que el artículo 46 (3) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI emplea ambos términos de manera equivalente cuando dispone que "el Tribunal ordenará o recomendará medidas provisionales, o la modificación o revocación de las mismas, solamente después de haber concedido a cada parte una oportunidad para que presente sus observaciones". Sin embargo, ciertamente resulta lamentable el empleo de dos términos diferentes para definir una misma realidad. De esta manera, el tribunal de *Biwater* empleó, sin que ello respondiera aparentemente a ninguna justificación, los términos 'ordenar' y 'recomendar' para diferentes medidas ordenadas en la misma decisión[38].

36. *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI ARB/97/7, decisión sobre una solicitud de medidas cautelares, 28 de octubre de 1999, § 9.
37. *Tokios Tokelès c. Ukraine*, Caso CIADI ARB/02/18, orden procesal n° 1, 1 de julio de 2003, § 4.
38. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, proc., orden procesal n° 1, §§ 88, 98, 106, 114.

3. El exclusivismo imperfecto del Convenio de Washington en materia de medidas provisionales y cautelares

El arbitraje del CIADI se distingue del arbitraje comercial internacional, en materia de medidas provisionales y cautelares, por la prohibición hecha a las partes, salvo acuerdo contrario, de recurrir a las jurisdicciones estatales para solicitar medidas provisionales o cautelares, sea antes o después de la constitución del tribunal arbitral.

El artículo 39 (6) del Reglamento de Arbitraje CIADI, tal como quedó reformado luego del 26 de septiembre de 1984, dispone en efecto que, salvo acuerdo en contrario, las partes no pueden solicitar a ninguna autoridad judicial que ordene medidas provisionales y/o cautelares, antes o después del comienzo del arbitraje. Al contrario, antes de 1984, el sometimiento de una demanda de arbitraje al CIADI no impedía recurrir a las jurisdicciones estatales para demandar medidas provisionales. Observaremos que la exclusión de la competencia judicial no se encuentra en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.

Toda solicitud de medidas provisionales ante el juez estatal se encuentra por tanto condicionada al acuerdo de las dos partes. Además, este acuerdo debe incluirse en la convención de arbitraje, lo que parece excluir que pueda ser adoptado en curso de instancia, pero no vemos muy bien qué podría impedir a las dos partes, aceptar voluntariamente la competencia del juez de las medidas provisionales y cautelares.

La prohibición contenida en el artículo 39 (6) del Reglamento de Arbitraje CIADI tiene la vocación de confortar el carácter autónomo de este tipo de arbitraje, siendo el consentimiento a la Convención de Washington excluyente de cualquier otra competencia, y en particular de toda competencia de juris-

dicciones estatales. Mientras que es un principio del arbitraje comercial que la existencia de un convenio arbitral no impide, en tanto que el tribunal arbitral no se ha constituido, que una parte recurra a una jurisdicción estatal para obtener una medida de instrucción o una medida provisional o conservatoria[39], las partes en el arbitraje CIADI se encuentran impedidas de recurrir al juez, incluso en caso de urgencia, antes o después de iniciarse el arbitraje.

Esta solución ha venido a poner término a un debate doctrinal sobre el alcance del consentimiento al arbitraje CIADI en relación a las medidas provisionales y cautelares[40], en la que una parte de la doctrina consideraba que el artículo 26 del Convenio de Washington debía ser interpretado como una renuncia a todo recurso a las jurisdicciones estatales en materia provisional y conservatoria, mientras que la otra se oponía a esta solución por razones prácticas[41].

Este debate doctrinal encontró eco en el caso *Atlantic Triton*, en el cual se discutió la competencia de los tribunales franceses para ordenar el embargo de una embarcación respecto de partes que habían celebrado un contrato conteniendo una cláusula compromisoria que hacía referencia al arbitraje CIADI.

En este caso, una sociedad noruega llamada *Atlantic Triton* había firmado un acuerdo de gestión con la República de Guinea, sobre el equipamiento y la gestión de tres barcos de pesca noruegos que habían sido comprados por Guinea. *Atlantic Triton* había rescindido dicho contrato alegando la inejecución por parte de Guinea de sus obligaciones financieras, y obtuvo medidas de embargo sobre los barcos, del juez francés. El Estado

39. En este sentido, ver por ejemplo el artículo 1.468 del CPC francés tal como fue reformado por el Decreto del 13 de enero de 2011.

40. E. Guillard, sobre la decisión de la Cour de Cassation 1° civ., 18 de noviembre de 1986, JDI 1987, p. 125; A. Parra, « *Pratique et expérience du CIRDI* », en *Mesures Provisoires et Conservatoires en matière d'arbitrage international*, op. cit.; Ch. Brower y R. Goodman, op. cit.; Ch. Schreuer y otros, op. cit., art.26, § 162.

41. G. R. Delaume, "ICSID and the Transnational Financial Community", *ICSID Review*, 1986, pp. 239-248; Ch. Schreuer y otros, op. cit., art. 26, § 174, y las referencias.

de Guinea solicitó entonces al juez francés el levantamiento de dichos embargos.

La *Courd'appel* de Rennes, en una decisión del 26 de octubre de 1984, decidió que el espíritu del Convenio de Washington implicaba una competencia exclusiva de los árbitros del CIADI para conocer sobre toda solicitud de medidas cautelares interpuesta por una de las partes, incluso antes del compromiso de arbitraje.

El tribunal del CIADI, al cual acudió el Estado para reclamar una demanda de daños e intereses contra el inversionista, expresó por su parte una opinión diferente. El tribunal arbitral, en efecto juzgó que,

> "si bien, de la Convención de Washington y del reglamento de arbitraje CIADI, efectivamente se desprende que el Tribunal Arbitral tiene competencia para recomendar medidas cautelares, no resulta sin embargo evidente que tal competencia sea exclusiva y prohíba cualquier recurso ante las jurisdicciones estatales, tradicionalmente y casi universalmente reconocidas como siendo las únicas con competencia para ordenar tales medidas"[42].

La *Cour de cassation* restableció la armonía al casar la decisión de la *Courd'appel* de Rennes el 18 de noviembre de 1986. La *Cour de cassation* en efecto consideró que el artículo 26 –en su redacción anterior a la reforma de 1984– *"no pretendía prohibir que las partes se dirijan al juez estatal para demandar medidas cautelares destinadas a garantizar la ejecución del laudo por dictarse"*[43].

Si la solución adoptada por el artículo 39 (6) presenta la ventaja de preservar la exclusividad del CIADI, ella presenta también el inconveniente mayor de impedir todo recurso a un juez

42. E. Gaillard, "*La jurisprudence du CIADI*", Ed. Pédone, Paris, Laudo §§ 222 - 223 (traducción libre).
43. *Cour de Cass. civ.* 1°, 18 de noviembre de 1986, *JDI* 1987.125, nota E. Gaillard, *Rev. arb.* 1987 p. 315, nota Fléchcux.

para obtener medidas provisionales o cautelares. En la práctica, todo recurso al juez correría de cualquier manera el riesgo de chocar contra la inmunidad de jurisdicción de la que goza el Estado demandado, pero existen situaciones, en particular cuando el Estado es parte en un contrato comercial, en donde dicha inmunidad es susceptible de no ser aplicable. El inconveniente que representa la prohibición de medidas provisionales ante el juez existe en particular en la fase anterior a la constitución del tribunal arbitral. En efecto, el proceso de constitución del tribunal puede a veces tomar un tiempo considerable, y la imposibilidad de obtener medidas urgentes durante este período es susceptible de desviar a las partes del arbitraje CIADI.

El CIADI ha intentado responder a las críticas suscitadas por la prohibición de medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral al incluir, en el artículo 39 (5) del Reglamento, una disposición según la cual: "Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses". Se trata aquí, sin embargo, de *un cautère sur une jambe de bois*[44], pues la urgencia con la que las medidas provisionales deben obtenerse es, la mayor parte de las veces incompatible con los plazos de constitución del tribunal arbitral.

En realidad, la única manera de obviar eficazmente la prohibición del artículo 39 es previendo una cláusula a tal efecto en el acuerdo de arbitraje. El CIADI propone a tal fin, la cláusula modelo siguiente:

> "Sin perjuicio de la facultad del Tribunal de Arbitraje de recomendar medidas provisionales, cualquiera de las partes de este instrumento podrá solicitar a un tribunal judicial u

44. "cauterizar una pierna de madera", hacer algo inútil (traducción libre).

otra autoridad que dicte medidas provisionales o precautorias, incluidos embargos, antes de la iniciación del procedimiento de arbitraje o durante el mismo, para salvaguardar sus derechos e intereses"[45].

Tal cláusula sin embargo no aporta la solución en la hipótesis de los arbitrajes basados en un TBI. Algunos tratados contienen, efectivamente, disposiciones particulares en este sentido[46], pero la mayoría de ellos son silenciosos respecto a este punto.

Añadiremos que, en la hipótesis de un litigio que surja con ocasión de un contrato de inversiones, el exclusivismo del artículo 39 no puede ser sino imperfecto. En efecto, si la inversión es objeto de un contrato que prevé una cláusula de arbitraje ad hoc o que haga referencia a un reglamento distinto de aquél del CIADI, la parte que desea obtener medidas urgentes podrá actuar a la vez en base al contrato y al tratado.

Un buen ejemplo de este tipo de situaciones viene dado por el contencioso que opuso al grupo Exxon de Venezuela y a la compañía petrolera estatal (PDVSA). Exxon y PDVSA habían firmado un contrato que contenía una cláusula de arbitraje CCI, la cual contenía una cláusula que garantizaba al inversionista contra toda medida adoptada por el Estado que tuviera un efecto expropiatorio. El inversionista, sosteniendo que tales medidas habían sido tomadas en el marco de la nacionalización de las actividades de prospección petrolera en la zona del Orinoco, comienza un procedimiento de arbitraje en el CIADI bajo el fundamento de un tratado bilateral de protección de inversiones[47], y seguidamente un procedimiento CCI sobre el fundamento de la cláusula contenida en el contrato. Apoyándose en el reglamento de arbitraje de la CCI, que permite a las partes dirigirse al juez estatal para solicitarle medidas provisionales o cautelares[48], Exxon recurre a las juris-

45. Ver en el sitio Internet del CIADI:
http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-spa/main-spa.htm
46. Ver sobre este aspecto, R. Ziadé, op. cit., p. 196, nota 23, citando el ejemplo del TBI Suiza – Kuwait.
47. *Mobil Corporation et al c. Venezuela*, Caso ARB/07/27, decisión sobre competencia, 10 de junio de 2010.
48. Artículo 23 del reglamento CCI.

dicciones estatales de Estados Unidos e Inglaterra a fin de obtener *ex parte* el embargo de ciertos activos de PDVSA[49].

Sin embargo, los hechos en los que se basa la demanda del arbitraje CCI (iniciado en base a la cláusula del contrato de inversión que garantiza al inversionista contra toda expropiación) eran los mismos que aquellos que fueron invocados ante el CIADI. Siendo las partes diferentes (de un lado, el Estado, del otro, la compañía estatal), el inversionista pudo de esta manera solicitar ante las jurisdicciones estatales las medidas provisionales y cautelares a las cuales el Reglamento del CIADI les hubiera impedido el acceso.

Es la distinción –aquí aparentemente bastante artificial entre reclamaciones en base a tratados y reclamaciones contractuales– la que permite al inversionista justificar el recurso a dos tribunales arbitrales mediante demandas probablemente idénticas y basadas sobre los mismos hechos, y de evitar así el artículo 39 del Reglamento CIADI. Será necesario, para asegurar la eficacia del artículo 39, cuando las dos demandas son idénticas y tienen el mismo fundamento jurídico, considerar que la introducción de una demanda ante el CIADI sea tratada como una renuncia a recurrir al juez de medidas provisionales en el marco de un procedimiento paralelo que se base en el mismo fundamento. Tal regla, sin embargo, únicamente aportará la solución al problema entre las mismas partes.

En realidad la regla del artículo 39 es una mala respuesta a una buena pregunta. Si es justificado querer asegurar la exclusividad del arbitraje del CIADI, prohibir toda demanda de medidas provisionales o cautelares es a la vez ineficaz y dañino para la eficacia del sistema. Habría que reflexionar más bien sobre la creación dentro del sistema del CIADI, de un mecanismo de medidas urgentes arbitrales semejante al que prevén los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y del ICDR, y que la CCI prevé introducir en su nuevo reglamen-

49. Ver para un resumen del caso: http://venezuelanalysis.com/news/5426.

to. Semejante sistema permitiría al Centro, en caso de demanda urgente y antes de la constitución del tribunal arbitral, nombrar a un árbitro de emergencia, el cual estaría encargado de dictar en plazos muy breves una orden, la cual podrá a su vez ser confirmada o revocada por el tribunal arbitral, una vez que éste último se haya constituido.

4. La cuestión de las medidas *ex parte*

La posibilidad para los árbitros de ordenar medidas provisionales *ex parte*, es decir, sin debate contradictorio, ha suscitado, como sabemos, un intenso debate en el cual no entraremos en detalle en el marco del presente trabajo[50]. Esta cuestión ha ocupado una parte considerable del tiempo consagrado por el grupo de trabajo sobre arbitraje de la CNUDMI durante la revisión del artículo 17 de la ley tipo CNUDMI[51], que ahora prevé la posibilidad de obtener medidas provisionales *ex parte*[52]. Esta innovación no parece sin embargo haber suscitado un enorme entusiasmo. Actualmente, entre los países que han adoptado el modelo de 2006[53], sólo Ruanda ha incorporado las nuevas disposiciones sobre medidas *ex parte*[54], mientras que Australia excluyó expresamente su aplicación[55]. Añadiremos, como un signo de

50. A favor: G. Kaufman-Kohler « Mesures *ex parte* et injonctions préliminaire » en *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, J-M Jacquet et E. Jolivet (Eds), Litec, Paris 2007 p. 92; *contra*: Y. Derains, « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires *ex parte* », *Cahiers de l'arbitrage, Recueil* Vol. II, p. 74, *adde* del mismo autor « The view against a proposal for ex parte interim arbitral relief », *Dispute Resolution Journal*, agosto-octubre 2003, pp. 61 y ss.; H. Van Houtte « Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration », *Arbitration International*, 2004 vol. 20, pp. 85-95.
51. Ver en particular: A/CN.9/487; A/CN9.545; A/CN.9/569; A/CN.9/573; A/CN.9.589; A/CN.9/592; A/CN.9/WG.II/WG.119; A/CN.9/WG.II/WG.121; A/CN.9/WG.II/WG.127; A/CN.9/WG.II/WG.134; A/CN.9/WG.II/WG.138; A/CN.9/WG.II/WG.141.
52. Artículos 17 B y 17 C, y tratándose de las condiciones para acordar órdenes preliminares, ver artículos 17 D y 17E, igualmente aplicables a las medidas provisionales tomadas contradictoriamente.
53. Es decir, Australia, Georgia, el Estado de Florida, Irlanda, Nueva Zelanda, Ruanda, Eslovenia y el Perú (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).
54. V. l'Articulo 24 Loi rwandaise relative à l'arbitrage de 2008, qui dispose que « le collège arbitral peut prononcer une injonction préliminaire lorsqu'il considère que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre l'objectif visé cette mesure »
55. V. l'Articulo 18B *International Arbitration Act* australien de 1974, qui prohibe une telle possibilité « malgré l'Articulo 17B de la Loi-Type ».

que el escepticismo finalmente predomina al respecto, que la posibilidad de ordenar medidas *ex parte* no fue retomada en la versión 2010 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.

Los argumentos invocados a favor y en contra de la admisión de medidas *ex parte* arbitrales son hoy en día conocidos, así que únicamente los recordaremos por memoria.

En primer lugar, para sus detractores tales medidas serían incompatibles con la naturaleza consensual del arbitraje, mientras que sus promotores insisten por el contrario, sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la ausencia de justificación a una restricción de los poderes del árbitro respecto de los poderes del juez[56].

En segundo lugar, estas medidas corren el riesgo de afectar la imparcialidad de los árbitros a los ojos de la parte destinataria de una medida sobre la cual no ha tenido la oportunidad de expresarse. Pero no podemos pensar que, en las condiciones de extrema urgencia en las que estas medidas son tomadas y tomando en cuenta la instauración inmediata de un debate contradictorio, este argumento sea dirimente. También se ha argumentado que el árbitro, habiéndose pronunciado *ex parte*, podría seguidamente estar influenciado por su decisión al momento de apreciar el fondo del litigio[57]. Este último argumento reenvía a la cuestión más general de la imparcialidad del juez de las medidas cautelares, llamado seguidamente a conocer sobre el fondo, y debe admitirse pensar que la misma no presenta especificidad particular por lo que se refiere a las medidas *ex parte*.

Consideramos que el argumento decisivo sin embargo es el de la completa inutilidad de semejantes medidas. El artículo 17 C (5) de la Ley Modelo luego de la revisión de 2006 prevé expre-

56. G. Kaufman-Kohler, « Mesures *ex parte* et injonctions préliminaire » in *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, prec. p. 92.

57. H. Van Houtte, « *Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration* » prec. p. 87; Derains, « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires *ex parte* », op. cit. p. 15. A/CN9.523; A/CN.9/WG.II/WG.129.

samente que las medidas unilaterales no son susceptibles de ejecución inmediata. YVES DERAINS explicó con perfecta claridad que:

> "al estar las decisiones de los árbitros desprovistas de fuerza ejecutoria *per se*, la intervención del juez resulta indispensable, después de la del árbitro. Pero, si no podemos evitar la intervención del juez, entonces resulta más rápido y eficiente dirigirse directamente a él. Es esto lo que hacen las partes cada vez que les resulta posible. Cuando no es posible, las partes estiman preferible dirigir la solicitud de medidas provisionales al tribunal arbitral enviando una copia a la parte adversa, e invitando a los árbitros a ordenar a éste último no modificar el *statu quo* antes que el tribunal se haya pronunciado sobre la medida solicitada. El tribunal arbitral podrá entonces ordenar en pocas horas que el *statu quo* sea congelado y seguidamente, organizar en un plazo breve un procedimiento expedito pero contradictorio, sobre la medida solicitada. La autoridad y el poder de persuasión de los árbitros son generalmente suficientes para permitir el mantenimiento de la situación en su estado, en la espera de la decisión. Si tal no es el caso, el procedimiento *ex parte* ante el tribunal arbitral no habrá servido de nada, ya que la solicitante de la medida tendrá que dirigirse a continuación, al juez del exequátur, al cual hubiera sido más simple dirigirse desde el primer momento."[58]

Como señaló YVES DERAINS, en la práctica, cuando existe una urgencia extrema, el tribunal arbitral reaccionará inmediatamente a una solicitud de medidas cautelares, acordando a la otra parte un plazo para poder responder y ordenándole al mismo tiempo no modificar el *statu quo* hasta la decisión del tribunal. Obtenemos así el mismo resultado, sin los inconvenientes inherentes a cualquier distorsión del principio del contradictorio.

Este debate, en cualquier caso, no tiene razón de ser en el arbitraje CIADI. El artículo 39 (4) del Reglamento de Arbitraje

58. DERAINS, « L'arbitre et l'octroi de mesures provisoires *ex parte* », op. cit., pp. 74-75, § 4.

del CIADI impone, en efecto, a los árbitros no conceder medidas provisionales sino "después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones". Cuando el arbitraje está sometido al Reglamento de la CNUDMI o de otra institución arbitral distinta del CIADI, la cuestión sin embargo podría plantearse. Nos parece que las consideraciones que fueron recordadas más arriba, que conducen a alimentar serias dudas sobre la legitimidad de las medidas *ex parte* en el arbitraje comercial, son entonces más convincentes todavía frente a un Estado soberano, en el marco de un arbitraje basado en un tratado.

5. El poder de los árbitros para dictar órdenes y penas coercitivas

Es generalmente admitido que los árbitros disponen del poder de dictar a las partes órdenes de hacer o no hacer[59]. Estas órdenes pueden ser relativas al comportamiento procesal de las partes o a la ejecución de sus obligaciones sustanciales; nosotros analizaremos aquí en primer lugar, la cuestión más particular de las órdenes de no proceder (*anti-suit injunctions*) dictadas por los árbitros en arbitrajes de inversiones, en particular, en presencia de procedimientos paralelos (5.1). A continuación, abordaremos el aspecto relativo al poder de los árbitros de ordenar penas coercitivas para asegurar la eficacia de sus decisiones (5.2).

5.1 *Anti –suit injunctions* y procedimientos paralelos

La multiplicación de los procedimientos paralelos ha hecho frecuentes las solicitudes de órdenes dirigidas a preservar la competencia del CIADI. Es posible que el tratado sobre el cual se

59. En Francia, ver *Cass. Civ.* 25 de julio de 1.882, *DP* 1883, 243; Rennes, 26 de septiembre de 1984, *Rev. Arb.* 1986, 441, nota J. -P. Ancel; Paris, 24 de mayo de 1991, *Rev. Arb.* 1992, 638, nota J. Pellerin; Paris, 7 de octubre de 2004, *JDI* 2005, 341, nota de A. Mourre y P. Pedone. En derecho comparado ver A. Mourre "Judicial penalties and specific performance in international arbitration", en *Interests,Auxiliary and Alternatives remedies in International Arbitration*, Dossiers V, ICC Publication, 2008, Paris, pp. 53-79.

haya formado el arbitraje CIADI incluya una cláusula *fork in the-road* o una cláusula paraguas, y que sin embargo se haya iniciado un procedimiento paralelo.

La jurisprudencia, en un primer momento dudó sobre la cuestión del poder de dictar órdenes de los árbitros, en particular, en vista de las incertidumbres sobre la exclusividad de la competencia del Centro[60]. Los árbitros del CIADI hoy en día admiten sin problema que los procedimientos arbitrales iniciados bajo la tutela del Centro prevalecen sobre los procedimientos locales[61], y admiten su poder para ordenar a las partes renunciar a procedimientos paralelos. Sin embargo, para ello es necesario que dichos procedimientos paralelos sean de tal naturaleza que puedan causar un daño a la eficacia de la competencia del CIADI; así, toda orden dirigida a suspender un procedimiento paralelo supone una apreciación de la naturaleza de los procedimientos en causa y de su vínculo con el procedimiento arbitral[62].

El tribunal del caso Autopistas c. Venezuela claramente afirmó su poder de ordenar a una parte que renunciara a un procedimiento paralelo: "*Al acordar someterse exclusivamente a arbitraje, ambas partes aceptaron abstenerse de iniciar procedimientos ante un tribunal distinto de aquel al que en forma conjunta se encomendó la resolución de la controversia.*"[63]

Existen numerosos ejemplos de tales órdenes. En el caso CSOB c. Eslovaquia, el tribunal recomendó a título conservatorio que se suspenda el procedimiento de quiebra en curso ante la justicia eslovaca[64]. En el caso *City Oriente*, el tribunal ordenó al demandado suspender ciertos procedimientos de cobro inicia-

60. Ver L. Malintoppi, "*Provisional measures in recent ICSID proceedings: what parties request and what tribunals order*", op. cit., p. 166 y las referencias en nota al pie 115.
61. Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, Caso CIADI ARB/98/2, prec., § 56-60.
62. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, prec., § 42; *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI ARB/98/2, prec., § 60.
63. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela, Caso CIADI ARB/00/5, Laudo del 23 de septiembre de 2003, § 205.
64. *CSOB* c. Eslovaquia, Caso CIADI ARB/97/4, orden procesal nº 4 del 11 de enero de 1999.

dos en virtud de la misma ley sobre hidrocarburos a la cual se hacía referencia en el arbitraje de inversiones. En este caso, la obligación de entregar una parte de los ingresos excepcionales recibidos por el inversionista al estado se derivaba de la ley, y el Estado sostenía que un tribunal arbitral no tendría el poder necesario para paralizar los efectos de una ley. El tribunal consideró sin embargo que el inversionista tenía derecho a mantener el *statu quo* hasta que el laudo sobre el fondo fuera dictado. El tribunal estimó entonces que el artículo 46 del Convenio de Washington le otorgaba el poder de ordenar al Estado que suspendiera los procedimientos litigiosos de cobro[65].

Más recientemente, en el caso Chevron c. República de Ecuador, los árbitros ordenaron a título provisional al Estado que se abstuviera de ejecutar las decisiones dictadas por los tribunales estatales ecuatorianos[66].

Ciertos tribunales han ido aún más lejos, llegando a prohibir a una parte iniciar procedimientos en el futuro. Así, en el caso MINE c. Guinea, el tribunal arbitral no solamente ordenó a una parte desistir de todo otro procedimiento en curso, sino que también le ordenó no iniciar nuevos procedimientos[67]. Esta tendencia, que puede parecer excesiva, es sin embargo minoritaria. El tribunal del caso SGS c. Pakistán se negó así a ordenar al Estado abstenerse de todo recurso futuro a una jurisdicción nacional[68]. De la misma manera, el tribunal del caso *Plama* se negó a prohibir a una parte a iniciar futuros procedimientos[69].

65. *City Oriente, Ltd. c. Ecuador*, decisión sobre la suspensión de medidas provisionales del 13 de mayo de 2008, § 59.
66. El tribunal ordenó al Estado "tomar todas las medidas a su disposición para suspender o provocar la suspensión de la ejecución o reconocimiento con o sin Ecuador, de cualquier decisión contraria al Primer Demandante en el caso Lago Agrio" (traducción libre), Orden de 9 de febrero de 2011. (http://italaw.com/documents/ChevronAndTexacoVEcuador_InterimMeasuresOrder.pdf).
67. Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée, Caso CIADI ARB/84/4 ; Tokyos Tokelés, prec. § 3.
68. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI ARB/01/13, orden de procedimiento n° 2, 16 de octubre de 2002, ICSID Review, 2003, p. 293; en contra ver el caso *Tokyos Tokeles*,prec.
69. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, prec. § 43.

Podemos preguntarnos si tales medidas pueden ser dictadas, cuando la competencia del tribunal arbitral ha sido impugnada, sobre la base de una verificación *prima facie* de la competencia de los árbitros. Esta cuestión fue analizada más arriba, pero podemos interrogarnos si, en vista de que ella tocaría al derecho de actuar en justicia de una de las partes, una 'orden de no proceder' no merecería una verificación más profunda de la competencia del tribunal arbitral. Esto es lo que parece haber pensado el tribunal arbitral del caso Autopistas, el cual, sin embargo, había recibido la solicitud cuando ya había establecido su competencia respecto del fondo:

> "En tanto se interpongan objeciones a la jurisdicción y no se resuelva al respecto, podría argumentarse que la Parte tiene derecho a recurrir a otras instancias. Sin embargo, dicho argumento pierde toda vigencia una vez emitida la decisión que establece que el Tribunal tiene competencia. En el presente caso, se inició el procedimiento ante la Corte Suprema con posterioridad a la emisión de la Decisión sobre competencia."[70]

Sin embargo no parece seguro que semejante restricción estuviese justificada. Al igual que para cualquier otra medida conservatoria, la *anti suit injunction* debe poder ser dictada, en caso de ser necesario, tan rápidamente como sea posible, en base a una verificación sumaria de la competencia del tribunal.

La cuestión del poder de dictar órdenes de los árbitros en presencia de procedimientos paralelos se presentó respecto de demandas múltiples fundadas sobre un contrato y un tratado. En el caso SGS v. Pakistán, el tribunal ordenó a Pakistán suspender el procedimiento arbitral CCI que se desarrollaba en su territorio, según el motivo que las demandas presentadas ante el tribunal CCI eran susceptibles de tener una repercusión sobre aquellas sometidas al CIADI[71].

70. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela, prec., Laudo de 23 de septiembre de 2003, § 205.
71. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, orden de procedimiento n° 2, 16 de octubre de 2002, ICSID Report p. 388.

Ciertas demandas sin embargo son más problemáticas. En el caso *Plama*, se había solicitado al tribunal arbitral ordenar al Estado que hiciera lo necesario para que sus tribunales estatales pusieran fin a los procedimientos en curso que implicaran a terceros. El tribunal rechazó la demanda, indicando que era *"reticente a la idea de recomendar a un Estado que ordenase a sus Tribunales denegar el derecho a terceras partes para interponer demandas para poder acceder a sus recursos judiciales."*[72]

5.2 Poder de los árbitros para dictar órdenes, multas coercitivas y ejecución específica

Es generalmente admitido que los árbitros disponen del poder de imponer multas coercitivas para asegurar la eficacia de sus decisiones[73]. Las multas coercitivas plantean sin embargo problemas diferentes según que su objeto sea procesal o que ellas se refieran a una orden relativa a la ejecución de obligaciones sustanciales de las partes.

Tratándose de órdenes de naturaleza procesal, es poco habitual que las mismas vengan acompañadas de multas coercitivas. Es posible imaginar, sin embargo, que sean dictadas multas coercitivas en materia procesal, por ejemplo en materia probatoria, cuando se trata de obtener la producción de un documento cuya existencia ha sido establecida con certeza. Respecto de dichas medidas, no existe ninguna razón para hacer una distinción entre arbitraje comercial y arbitraje de inversiones.

Dicho lo anterior, sin embargo, es cierto que en el arbitraje CIADI, la imposición de multas coercitivas puede parecer difícilmente compatible con la caracterización de la decisión de los

72. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, proc. § 46.
73. Sobre el conjunto de este tema, ver A. Mourre "Judicial penalties and specific performance in international arbitration", en *Interests. Auxiliary and Alternatives remedies in International Arbitration*, Dossiers ICC vol. V, ICC Publication, 2008, Paris, pp. 53-79; y el mismo artículo actualizado en español "Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional" en *Spain arbitration Review*, Madrid, Wolter Kluwers, Nº 10/2011.

árbitros como una "recomendación", según resulta del artículo 47 del Convenio de Washington y del artículo 39 del Reglamento de Arbitraje CIADI. Sin embargo, en materia de procedimiento, las decisiones del tribunal están sometidas al artículo 19 en vez de al artículo 39 del Reglamento[74]. Y el artículo 19 permite al tribunal dictar las órdenes necesarias para conducir el procedimiento. Tales órdenes deberían, por tanto, poder venir acompañadas de multas coercitivas.

La situación es diferente respecto de las multas coercitivas asociadas a las obligaciones sustanciales de las partes. En efecto, la orden de hacer o de no hacer, en tales casos es dictada en base al artículo 47 del Convenio de Washington y del artículo 39 del Reglamento, y por lo tanto constituye una "recomendación".

Aunque los tribunales arbitrales han despojado en gran medida de contenido la distinción entre orden y recomendación, en el sentido de que esta última es obligatoria para las partes al mismo nivel que una orden, nos cuesta imaginar que una recomendación pueda venir acompañada de una multa coercitiva.

A esto se añaden las dificultades inherentes a la ejecución en especie de las obligaciones por una parte. En efecto, cuando ella se dirige a asegurar la ejecución por una de las partes de sus obligaciones substanciales, la multa coercitiva está íntimamente ligada a la posibilidad de ordenar la ejecución en especie de las obligaciones litigiosas. Sin embargo, estas no siempre son permitidas por la ley que regula dichas obligaciones, en particular, cuando tales obligaciones tienen un fuerte carácter *intuitu personae*[75].

74. Las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral en aplicación del artículo 43 del Convenio caen bajo la esfera del artículo 19 del Reglamento y no del artículo 39. Ver sin embargo, *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzania*, prec. nota 5, adde. Ch. SCHREUER y otros, *The ICSID Convention : A commentary on the Convention onthe Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, prec. nota 5, § 80, p. 780.

75. A. MOURRE, "Judicial penalties and specific performance in international arbitration" op. cit., pp. 65-70.

En lo que se refiere más particularmente al arbitraje en materia de inversiones, la ejecución específica de las obligaciones de los Estados ha planteado dificultades particulares, especialmente en los casos de expropiación, en cuanto a la compatibilidad de las medidas de restitución con la soberanía de los Estados.

Esta cuestión fue abordada en el caso BP c. Libia, el tribunal arbitral decidió que:

> "Una regla de razón por tanto, dicta una solución que es conforme tanto con el derecho Internacional, tal como lo evidencia la práctica de los Estados, como con el Derecho de los Tratados y con los principios que rigen los Derechos de Contratos, Inglés y Estadounidense. Tal es el caso, cuando al ejercer un poder soberano, el Estado ocasiona una violación fundamental de un acuerdo de concesión al no reconocerlo a través de una nacionalización de la empresa y sus activos de manera permanente. El concesionario no podrá reclamar la ejecución específica del acuerdo y la reposición de sus derechos contractuales por parte del Gobierno, sino que su única opción será reclamar una indemnización por daños."[76]

El tribunal del caso *Occidental Petroleum c. República de Ecuador*[77] igualmente se negó a ordenar las medidas de ejecución específica que le fueron solicitadas. Refiriéndose al laudo *BP c. Libia* precitado, el mismo rechazó la demanda según el siguiente motivo: *"la ejecución específica será [...] rechazada si ella implica una carga excesiva para la parte a la que se le dirige"*[78], y

> "imponer a un Estado soberano la reposición de un inversionista extranjero en su concesión, después de una nacionalización o de la rescisión de la licencia de concesión o de su

76. *BP Exploration Company (Lybia) Limited v Libyan Arab Republic*, 52 ILR 297 (1974) p. 354 (traducción libre).
77. *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/11,decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, § 84.
78. *Occidental PetroleumCorporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, prec. § 82, (traducción libre).

contrato por parte del Estado, constituye una reparación desproporcionada a la interferencia con la soberanía del Estado comparada con la indemnización pecuniaria."[79]

No podemos excluir, sin embargo, que la jurisprudencia evolucione. Observaremos al respecto que el tribunal del caso *City Oriente c.* República de Ecuador recientemente ordenó una medida provisional cuyo fin consistía precisamente en preservar el derecho del demandante a una futura decisión de ejecución específica[80]. Ciertamente, la Convención de Washington parece prever únicamente la ejecución de laudos de condenas pecuniarias[81], pero un laudo de ejecución específica acompañado de una multa coercitiva pudiera perfectamente ser calificado como tal.

6. La constitución de garantías

En su origen, la *cautio judicatum solvi* era una garantía financiera exigida a los extranjeros que deseaban recurrir a una jurisdicción francesa contra una persona francesa, a fin de garantizar el pago de los gastos que pudiera causar el proceso y a los daños e intereses a los que pudiera condenarse al demandante en caso de que no prosperara su acción[82]. Esta exigencia, conocida en los países anglosajones bajo el nombre de *security for costs*, ha sido

79. *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, § 84, (traducción libre).

80. *City Oriente Ltd. c. Petroecuador y la República de Ecuador*, Caso CIADI No ARB/06/21. Decisión sobre las medidas provisionales, el tribunal recomendó así que: "La República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) deberán abstenerse de [...] Involucrarse, iniciar o continuar en cualquier otra conducta que pueda directa, o indirectamente afectar o alterar la situación legal acordada según el Contrato de 29 de marzo de 1995, según lo acordaron y firmaron las partes."

81. El artículo 54 (1) del Convenio de Washington dispone así que: "Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado."

82. Recordaremos que la *cautio judicatum solvi* ha desaparecido de manera general en Derecho francés desde el Decreto n° 72-684 de 20 de julio de 1972; Ver G.Droz, "*La sentinelle perdue ou la disparition subreptice de la cautio judicatum solvi*": Rép. Commaille 1973, p. 281 s.; Desaparición confirmada por la Ley n° 75-596 de 9 de julio de 1975 (*Journal Officiel* 10 de julio de 1975; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 808) que abrogó el Artículo 16 del Código Civil; sobre la condena de la *cautio judicatum solvi* por el ordenamiento jurídico comunitario, ver CJCE, 1 de julio de 1993: *Rev. crit. DIP* 1994, p. 633, nota G. Droz.

considerada incompatible por la *cour de cassation* francesa, con el principio de derecho de acceso a la justicia, protegido por la Convención Europea de Derechos Humanos[83].

En el arbitraje, la institución ha sido generalmente admitida en los países de tradición anglosajona[84], aun cuando ciertos de entre ellos la hayan descartado[85]. La jurisprudencia, por su parte, está dividida, ciertos tribunales admiten las demandas de *security for costs*[86] y otros las niegan, en ausencia de acuerdo de las partes al respecto[87].

En materia de inversiones, generalmente es el Estado demandado el que solicitará tal medida. El tribunal arbitral del caso *Atlantic Triton c. Guinea* ya había rechazado una solicitud en este sentido[88]. El tribunal del caso *Libananco c. Turquía* también rechazó una demanda del Estado dirigida a que se ordenase al demandante constituir una garantía bancaria por un monto de 5 millones de dólares para protegerse contra el riesgo de que el inversionista –que según el Estado no era sino un simple caparazón vacío– no pudiera contribuir con los gastos del arbitraje[89]. En el caso Maffezini, España también formuló, sin éxito, una solicitud de que se constituyera una garantía bancaria para asegurar la participación del demandante en los gastos del procedimiento[90].

83. Ver *Cour de Cassation* 1° civ. 16 de marzo de 1999, *Pordéa, Rev. Crit. DIP* 2000, p. 224 y crónica de G. Droz, "*Variations Pordéa (à propos de l'arrêt de la Cour de Cassation, 1re chambre civile, du 16 mars 1999)*", pp. 181 y ss. *JDI* 1999, p. 774, obs. A. Huet.
84. Ver el artículo 38.3 del *Arbitration Act* de 1996; el Artículo 12.1 de la *International Arbitration Act* de Singapur.
85. Ver *Lindow c. McGill Barton Marine Ltd.* CP13-SD/02, Auckland High Court, Nueva Zelanda, 1 de noviembre de 2002, "el Artículo 17 no confiere al árbitro el poder de ordenar [el pago] de una caución para gastos de procedimiento"; *Yieldworth Eng'rs c. Arnhold & Co. Ltd.*, 1992, HKLR 34, H.K. High Court, S. Ct,1991, "el tribunal arbitral no tiene el poder de ordenar [el pago] de una caución para los gastos del procedimiento en virtud de la Ley-tipo, salvo autorización expresa de las partes".
86. Ver Caso CCI n° 8223, laudo parcial, *ICC Bulletin* Vol. 11 n° 1, 2000, p. 77; Caso Cámara de Comercio de Zurich n° 415, orden, 20 de noviembre de 2001, en 20 *ASA Bull*, 467.2002.
87. Orden No. 6 en Caso Cámara de Comercio de Zurich de 12 de noviembre de 1991, 13 *ASA Bull.* 84, 90, 1995.
88. V. P.D. Friedland, "Provisional Measures in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 2, n° 4, 1986 y las ref. pp. 342-345.
89. *Libananco Holdings Co. Limited c/ Turquía*, decisión sobre cuestiones preliminares de 23 de junio de 2008, § 31.
90. Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España, prec., Resolución procesal n° 2, §§; 15-16.

Los árbitros parecen entonces haber rechazado sistemáticamente este tipo de demandas, aún si el tribunal del caso Libananco parecía no querer excluirlas en su principio, al indicar que la misma no podría admitirse sino en situaciones extremas en las que alguna de las partes corriera el riesgo de sufrir daños irreparables[91].

En realidad resulta bastante difícil para un tribunal arbitral, al comienzo del procedimiento, admitir tales solicitudes de *security for costs*. Si bien es cierto que podría admitirse tal solicitud únicamente sobre el fundamento de un análisis de los recursos del demandante, los árbitros generalmente temerán que las mismas sean interpretadas como un signo de desconfianza respecto del demandante, el cual será susceptible de degradar considerablemente el clima de buena cooperación entre las partes en el arbitraje.

No obstante, tomando en cuenta los costos, a veces muy importantes, que puede generar un arbitraje CIADI, es cierto que determinados demandantes personas físicas, o ciertos vehículos corporativos a través de los cuales los inversionistas deciden estructurar su demanda, no disponen de la capacidad financiera necesaria para asegurar el reembolso de tales costos en caso de que la acción sea rechazada y que el tribunal estimase que el Estado tiene derecho a ser indemnizado.

Por otra parte, no existen razones para pensar que las medidas de *security for costs* deberían ser excluidas como cuestión de principio en materia de protección de inversiones. Cuando el inversionista y el Estado están vinculados por un contrato de inversión, ciertamente podemos considerar que dicho Estado ha aceptado contratar con este último, con todos los riesgos que ello implique, y no será entonces sino en caso de una degradación notoria de la situación de su contratante, que una medida de *security for costs* pudiera ser contemplada. Pero cuando se trata

91. *Libananco Holdings Co. Limited c/ Turquía*, Decisión sobre cuestiones preliminares de 23 de junio de 2008, § 57.

de un arbitraje iniciado en base a un tratado, no hay razones para hacer pesar sobre el Estado un riesgo que él no ha aceptado, más aun considerando que actualmente ciertas demandas de arbitraje son financiadas por terceros cuya identidad no siempre es revelada[92].

Por tanto, no siempre será ilegítimo, tomando en cuenta ciertas desviaciones del sistema, que los Estados deseen protegerse contra tales riesgos. Más aun, los árbitros serán la mayor parte de las veces reticentes, por las razones analizadas más arriba, a admitir las demandas de *security for costs*. Ciertamente resultaría chocante, en determinadas situaciones, exigir a la víctima de una expropiación constituir una garantía bancaria, pero hay otros casos en los que tales medidas pudieran justificarse.

Podemos entonces desear que los árbitros se muestren más audaces en este sentido.

92. Ph. PINSOLLE, " Le financement de l'arbitrage par les tiers ", *Rev. arb* 2011 n°2, p. 385.

"El Estado soy Yo"

Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?

Alfredo Bullard[1]

Sumario

1. "El Estado soy Yo". **2.** Generando Accountability. **3.** El accountability de los organismos reguladores. **4.** La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias. **5.** La Relevancia de los contratos ley en la arbitrabilidad de controversias regulatorias. **6.** La relevancia de los tratados internacionales en la arbitrabilidad de decisiones regulatorias. **6.1** La arbitrabilidad de decisiones regulatorias bajo el CIADI. **6.2** El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los tratados multilaterales. **7. 7** Protección de la arbitrabilidad contra disposiciones de la legislación interna. **8.** ¿Y qué, y quién es objeto de arbitraje en el caso de una resolución regulatoria? **9.** El concepto de arbitrabilidad de temas regulatorios en la jurisprudencia peruana. **10.** La Arbitrabilidad de Temas Regulatorios o de ius imperium en los Arbitrajes CIADI. **11.** ¿Y quién decide sobre la Arbitrabilidad de la Controversia? **12.** El Estado y Luis XIV.

1. "El Estado Soy Yo"

Así se definía Luis XIV, Rey de Francia. En su visión, el monarca y el Estado formaban una ecuación perfecta. Todo lo

1. El autor desea agradecer profundamente el apoyo de Andrés Talavera en la investigación realizada y en elaboración del presente trabajo. Sin dicho apoyo y compromiso su elaboración no hubiera sido posible. También desea agradecer los aportes de Alejandro Falla, Huáscar Ezcurra, Christian Chávez y Juan Chang a diversas secciones del mismo.

público dependía de él y él era todo lo público. Para el Rey Sol, bastaba decidir para que lo que decidiera se cumpliera.

Por supuesto que para que las cosas funcionen, las decisiones del soberano tenían que ser correctas. Debíamos confiar en que el déspota fuera un déspota bueno, bien intencionado, justo y que cumpliera sus compromisos. Mientras Luis XIV fuera un buen rey, no tendríamos problemas y todos viviríamos felices.

¿Pero qué ocurría si Luis no se portaba bien? ¿Qué ocurría si desconocía sus compromisos o no cumplía con la Ley? ¿Quién nos guarda de los guardianes?

Unos dirán que ello corresponde al Poder Judicial. Pero ¿qué ocurre en los reinos donde el Poder Judicial no nos da las garantías suficientes, sea porque es corrupto, o permeable a las presiones del poder, o simplemente porque no tiene la capacidad y eficacia suficiente? ¿Quién nos rescata de "El Estado soy Yo"?

El Derecho Público, y en general el Derecho administrativo, ha tenido la tendencia a asumir el cuento del "Rey Bueno". Como diría el premio Nobel de Economía JAMES M. BUCHANAN, se estaría asumiendo una visión romántica de la política[2]. Si bien hemos avanzado mucho en desarrollar esquemas garantistas que protejan a los administrados, lo cierto es que se suele partir de la premisa que el Estado, y sobre todo sus funcionarios, actuarán correctamente y son el *"ogro filantrópico"* del que nos hablaba OCTAVIO PAZ.

La teoría del *Public Choice* ha desmitificado esa idea y ha demostrado que los individuos actúan reaccionando a los incentivos de manera similar cuando actúan en su esfera privada a cuando actúan como funcionarios públicos, es decir buscan maximizar sus beneficios[3]. En otras palabras los incentivos indi-

2. BUCHANAN, James M., *"Politics Without Romance. A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications"*, en *The Collected Works of James M. Buchanan, vol. 1, Liberty Fund, Inc.*, 1999, pp. 45-58.

viduales que mueven a los políticos son los mismos que mueven a los comerciantes. Pero los límites y restricciones que enfrentan no son los mismos.

Como bien dice BUCHANAN, refiriéndose a lo que nos ha ayudado a describir la teoría del *Public Choice*:

> "El romance se ha ido, quizás para no volver nunca. El paraíso socialista se ha perdido. Los políticos y los burócratas son vistos como personas comunes y corrientes como todo el resto de nosotros, y la política es vista como un conjunto de arreglos, un juego si quieren, en el que muchos jugadores cuyos muy diversos objetivos interactúan para generar resultados que podrían no ser ni internamente consistentes ni eficientes bajo cualquier estándar"[4].

La actuación correcta de los funcionarios depende de la existencia de incentivos adecuados. JOHN STUART MILL decía que *"La oficina pública perfectamente constituida es aquella en la que el interés del funcionario es enteramente coincidente con su deber"*[5]. Y todo para constatar que eso no se cumple o se cumple en situaciones muy excepcionales. Mientras los comerciantes tienen como límites la propiedad y la libertad de contratar de sus contrapartes, los funcionarios públicos enfrentan límites ambiguos y criterios poco claros para limitar su poder de acción.

El problema no es solo uno de capacidad de los funcionarios. Todos somos testigos de cómo personas muy capacitadas, con estudios en el extranjero, con una trayectoria envidiable (como muchos de los funcionarios de los organismos reguladores), actúan equivocadamente cuando llegan a una oficina pública. El problema es principalmente uno de incentivos.

3. Para una revisión de los principios básicos de la teoría, se puede revisar BUCHANAN, *op. cit.* y TULLOCK, Gordon *et al.*, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Cato Institute, 2002.
4. BUCHANAN, *op. cit.*, p. 57. (traducción libre).
5. MILL, John Stuart, "*On Liberty*", en http://oll.libertyfund.org/title/233 (generado el 3 de noviembre del 2010), p. 66.

Siempre he repetido que el dilema sobre qué privatizar o qué no privatizar es un falso dilema. Ya todo está privatizado. Toda actividad humana, sea esta absolutamente privada, o sujeta a las mayores profundidades de lo estatal, está ya privatizada. El Presidente, sus Ministros, los funcionarios de los ministerios o de las municipalidades, los miembros de los consejos directivos de los organismos reguladores o de los órganos técnicos, los jueces y los congresistas, son privados. Son personas que tienen su propia vida, su familia y amigos, sus aspiraciones y sueños. Tienen sus necesidades y requieren de un patrimonio para satisfacerlas. Tienen relaciones y deben favores. Y tendrán la tendencia natural a actuar a favor de lo propio, a costa de lo ajeno. Por eso es tan difícil cumplir con el ideal de MILL de que el interés del funcionario coincida con su obligación.

Los funcionarios (y por tanto los organismos que éstos integran) manejan lo ajeno. Deciden sobre el patrimonio, los intereses y esperanzas de los ciudadanos. Al hacerlo pueden poner en riesgo sus propios intereses. Por la naturaleza humana, estos funcionarios, cuando tengan que optar entre el interés propio, y el ajeno, suelen actuar a favor del propio. A veces, en el supuesto más extremo, se corromperán. Pero no es necesario llegar tan lejos. Los funcionarios cuidarán su puesto, tratarán de quedar bien con sus amigos o con quienes les pueden ayudar a mejorar su carrera. Preferirán la decisión popular a la correcta. Tratarán de maximizar poder. En otras palabras, pueden recibir beneficios generando costos a los ciudadanos. Y las personas tienden a actuar para recibir beneficios y reducir sus costos. Trasladar los costos de los beneficios que recibe el funcionario a otros (los ciudadanos o las empresas reguladas) es una tendencia difícil de contrarrestar.

Justamente la teoría del *Public Choice* explica cómo se comportan los funcionarios bajo la lógica del individuo económico maximizador de su propio beneficio, y cómo tenemos que estructurar las instituciones para crear los correctivos necesarios. Es ahí donde entra a tallar, como veremos, el arbitraje de inversiones.

2. Generando *accountability*

Algunas opciones para resolver el problema de los incentivos no alineados es crear premios y castigos; otra es contractualizar la función pública para generar un marco más claro de obligaciones.

Pero quizás la más evidente es crear algo que no tiene una traducción clara al español (lo cual quizás refleje no solo un problema de diferencia de idioma, sino de contraste con la cultura latina): *accountability*, muy mal traducido como "rendición de cuentas". El *accountability* significa que tenemos que explicar y justificar frente a otro qué es lo que hicimos.

Los funcionarios pueden reaccionar o considerar como un costo que alguien revise lo que ellos hacen y que, eventualmente, les enmienden la plana. Con ese mecanismo se genera un costo (la enmendada misma) que puede motivar un cambio en el patrón de conducta. El funcionario sabe que si alguien lo enmienda, debe tener más cuidado. En otras palabras, si sabe que ya no es cierto que "El Estado soy Yo", sino que su decisión estatal es revisable, se reducirá el riesgo de arbitrariedad que en las épocas de Luis XIV hubiéramos llamado despotismo y hoy llamamos abuso o desviación de poder.

Por supuesto que nos dirán que esa es la idea de la división de poderes en el Estado, y de las facultades que unos poderes tienen para enmendarles la plana a los otros. De allí se deriva el control judicial de los actos del ejecutivo o de la constitucionalidad de las leyes. También sale de allí la idea de que el Poder Judicial debe respetar la ley dictada por el Congreso y limitarse a aplicarla.

La idea no es mala, pero su realización concreta, en especial en ciertos países con débiles marcos institucionales, ha estado lejos de ser adecuada. Y es que los problemas denunciados por el *Public Choice* no solo afectan a los funcionarios del ejecutivo,

sino que también afectan a los congresistas y a los jueces. Y entonces los jueces también actúan con una tendencia a privilegiar el interés propio cuando deben defender los intereses de los ciudadanos. Y con ello el sistema de control mutuo se llena de fallas.

El problema ha atormentado a la ciencia política desde sus orígenes y ha despertado el interés relativamente reciente de la ciencia económica. Si bien ciertas reformas institucionales han contribuido en ciertos países (en especial los desarrollados) a atenuar el problema, la verdad es que está lejos de estar resuelto, y es mucho más grave en países institucionalmente débiles como los nuestros.

3. El *accountability* de los organismos reguladores

Este problema, presentado en todo organismo estatal, tiene algunas aristas particulares en los llamados organismos reguladores. De orígenes relativamente recientes en Latinoamérica (en el Perú aún no cumplen 20 años) estos organismos nacen con la privatización, en particular de los servicios públicos. Son creados con un cierto grado de autonomía y supuesta independencia del Poder Ejecutivo. La razón es precisamente controlar la presión democrática sobre su actividad.

Sus decisiones afectan principalmente a empresas y pueden beneficiar a los consumidores. El problema es que los consumidores votan y eligen a los gobernantes. Las empresas no. Por tanto un funcionario elegido o uno cercano a un funcionario elegido, si busca maximizar su interés particular (que significa aumentar las posibilidades de ser reelegido), estará dispuesto a ganar popularidad con los consumidores a cambio de trasladarle costos a las empresas. Esa es una de las predicciones (verificada una y otra vez con evidencia empírica y con la experiencia del día a día) del *Public Choice*.

Por ello se crean organismos que se alejen de esos incentivos "demasiado democráticos" para evitar así afectar los derechos de los inversionistas. Sin embargo, los reguladores pueden proceder con una tendencia que maximiza su interés, actuando de manera populista o restringiendo los derechos de los inversionistas si la lejanía del poder democráticamente elegido no es suficiente. Queremos y necesitamos inversión. Y los inversionistas perciben este patrón de conducta de los funcionarios como peligroso (es un componente importante del llamado "riesgo regulatorio"). Por tanto invertirán menos si sospechan que los reguladores les trasladarán más costos que los que les corresponde asumir. El resultado de un marco débil y sin *accountability* suficiente es entonces antagónico con lo que se quiere lograr.

No es posible que derechos básicos como el de propiedad o la libertad de empresa o de contratar, puedan ser "derogados democráticamente". Si la mayoría decidiera que tales derechos son incómodos porque, por ejemplo, no permiten bajar tarifas o usar las inversiones sin pagar por ellas, no podemos aceptar que tal derogación pueda ocurrir. Para evitarlo, sujetamos a la democracia a un control jurídico de manera que las mayorías no puedan afectar los derechos individuales y encargamos su protección a un sistema más tecnocrático (o aristocrático según como se le mire), como el Poder Judicial o Tribunales Constitucionales.

Así, las Cortes y Tribunales buscan impermeabilizar las decisiones legales de presiones políticas a fin de tutelar los derechos individuales. Es por ello que son las Cortes y Tribunales los llamados a proteger derechos como la propiedad, la libertad de comercio o la libre contratación.

El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado concesiona un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la de contratante, la de regulador, es decir, la dibujada con el pincel del *ius imperium* se exacerba y la expe-

riencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concesiona y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiarla. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran.

Las "aristocracias" encargadas de velar por el balance entre la democracia y los derechos individuales, están lamentablemente muy desprestigiadas en Latinoamérica. La falta de Poderes Judiciales confiables convierte el balance entre democracia y derechos individuales en, paradójicamente, un desbalance. Los límites entre lo privado y lo público se vuelven tenues, o incluso inexistentes.

Una primera consecuencia (positiva) de esta incertidumbre ha sido la "contractualización de lo público". Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso sus facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar "privatizar lo público", reconociendo contractualmente la existencia de límites a sus potestades estatales. Así crean *accountability* a los funcionarios por medio de contratos. E incluso se llega al extremo de cambiar los modelos regulatorios para que se incorporen las reglas y principios de la regulación ya no en normas o disposiciones administrativas, sino en el texto mismo de los contratos y así reducir el riesgo regulatorio convirtiéndolo de discrecionalidad administrativa a compromiso contractual.

El asunto tomó dimensiones especiales durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas política y socialmente sensibles como

los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua y saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se pudieran producir.

Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de "sustitutos" a un Poder Judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos y así generar un *accountability* que nos proteja contra los incentivos perversos que pueden afectar a los funcionarios. ¿Cuáles son estos mecanismos alternativos o "sustitutos"?

Uno primero fue la creación de agencias administrativas para resolver temas económicos, sustituyendo en buena parte a las Cortes en la labor del día a día en ese tema. Estas agencias, a las que llamamos organismos reguladores, cuentan con más recursos, mejor personal y mejor capacitación de la que cuentan las Cortes ordinarias.

La razón de crear estas agencias es darle al inversionista la sensación de que existe una "nueva aristocracia", técnica y especializada, encargada de ponerle límites a la presión democrática de reducir los derechos de los individuos y de las empresas. Y de hecho en muchos países estas agencias gozan de una percepción más positiva en términos de confiabilidad que aquella de la que gozan las Cortes ordinarias.

Pero quizás el caso más claro de sustituto de un Poder Judicial confiable es la aparición de los llamados Contratos Leyes (y algunas de sus modalidades como los Contratos de Estabilidad Jurídica) que conceden a las empresas inmunidad

frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley y las reglas de juego. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad.

Por ejemplo, la Constitución peruana, establece en el segundo párrafo del artículo 62 que "Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (...)".

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley, garantizando que no se modificará el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado alguno de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza del convenio. Es interesante ver cómo el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley.

Pero de nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si, cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo. Y en temas de reconocimiento de las renuncias del Estado a cambiar las leyes, las Cortes domésticas suelen mostrarse escépticas.

Y entonces entra a tallar el arbitraje: el sometimiento del Estado a árbitros privados para que resuelvan las controversias sobre estos temas, y que incluyen pronunciarse sobre si un cambio legislativo o una decisión regulatoria afecta los derechos de los inversionistas. Y entonces algunos se rasgan las vestiduras por que unos árbitros privados, sin nombramiento público y sin *ius imperium*, les enmiendan la plana a los reguladores. Entonces el funcionario ya no puede salir a decir "El Estado soy Yo", por-

que su decisión deja de ser todopoderosa. Hay alguien ante el cual debe rendir cuentas de manera efectiva.

En esas circunstancias el encuentro del arbitraje con la regulación ha generado reacciones radicales. ¿Cómo explicar que árbitros privados puedan resolver asuntos que atañen al interés público? ¿Puede el Estado renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que estas controversias sean decididas por un tribunal arbitral privado, sustrayendo el tema del conocimiento de las Cortes Ordinarias? ¿Cómo explicar el reforzamiento de la autonomía privada en una rama como la regulación? El encuentro aparece entonces como uno *"contra natura"* en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias.

Indudablemente la posibilidad de usar el mecanismo arbitral pasa por la arbitrabilidad de los problemas derivados de las decisiones regulatorias. Sin embargo, han surgido voces contrarias a esa posibilidad y que desconocen el sentido y alcances del marco legal aplicable, como veremos a continuación.

Algunos, incluso, señalan que el diagnóstico que el *Public Choice* hace es también aplicable a los árbitros. Sin embargo, la estructura de control es distinta. Los árbitros están sujetos a una serie de incentivos vinculados contractuales y reputacionales que tienden a funcionar mejor que los incentivos que enfrentan los funcionarios públicos, como ya hemos analizado en otro trabajo[6].

4. La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias

Son varias las posiciones que han reaccionado frente al presunto debilitamiento del "Estado soy Yo". La mayoría tienen en

6. Para un análisis detallado de esta idea ver Bullard, Alfredo, "Comprando Justicia ¿Genera el Mercado de Arbitrajes Reglas Jurídicas Predecibles?, en *Themis* 53, 2007.

común: (1) partir de una posición excesivamente publicista del problema; (2) omiten analizar los alcances particulares del tipo de contratos involucrados; (3) desconocen el marco internacional aplicable a este tipo de arbitrajes en los supuestos que el sometimiento sea a un arbitraje internacional; (4) confunden quién debe ser parte en el arbitraje y (5) desconocen cuál es el objeto sobre el que los árbitros tienen que pronunciarse.

Sólo a título de ejemplo podemos analizar un reciente artículo publicado por MARIO CASTILLO FREYRE y RITA SABROSO MINAYA[7], que de manera, muy ilustrativa recoge los típicos errores que suelen cometerse cuando se analiza la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias.

Quizás valga la pena citar su conclusión principal:

> "(...) debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. En ese sentido, resulta evidente que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones -en su calidad de concedente- ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones otorgadas por Ley al OSITRAN.
>
> En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN derivados precisamente de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (Tribunal Arbitral) la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas"[8].

Como se puede apreciar los autores referidos niegan la arbitrabilidad de cualquier asunto que se derive de una decisión regulatoria simplemente porque considera que ello contradice el principio de que no son arbitrables los temas que no son de libre disposición.

7. CASTILLO FREYRE, Mario / SABROSO MINAYA, Rita, "¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable?", en *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, N° 5, 2010.
8. CASTILLO FREYRE, Mario / SABROSO MINAYA, Rita, *op. cit.*, p. 25.

Como veremos, el error de fondo radica en leer el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje como si terminara en la referencia a los temas de libre disposición. Pero el artículo continúa y se refiere a aquellos casos que la Ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen[9]. Ello significa que la Ley o los tratados, partiendo del marco constitucional vigente en el Perú, pueden autorizar a que se arbitren temas que no serían en principio de libre disposición. Y en el Perú, como en muchos otros países, la ley y/o los tratados permiten precisamente que ello ocurra.

Llama la atención que en todo el artículo de CASTILLO y SABROSO no se encuentre una sola referencia a los contratos ley. Todo el análisis se hace como si dichos contratos no existieran. En el artículo en cuestión se analiza la arbitrabilidad de las decisiones de OSITRAN[10] sobre los inversionistas, sin considerar que virtualmente todos los contratos de inversionistas en infraestructura de transporte o son contratos ley, o están amparados por otros compromisos que sí constituyen contratos leyes. Y el marco legal peruano permite la arbitrabilidad de los contratos leyes y de las obligaciones que de ellos se deriven.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que tampoco hay una sola mención en el artículo referido a la exis-

9. "Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje
1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, *así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*".

10. OSITRAN son las siglas que identifican al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Conforme al numeral 7.1 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo - Ley 26917: "Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito". Por su parte y respecto a las funciones que cumple todo organismo regulador, el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores, aprobada mediante Ley 27332, establece que: "Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones: Función Supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas". En el presente artículo, lo que se analizará es la posibilidad de arbitrar las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) de los actos administrativos que generen los organismos reguladores en cumplimiento de las funciones antes mencionadas, cuestionando por tanto lo argumentado por CASTILLO y SABROSO en el artículo bajo comentario.

tencia del CIADI ni de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones ni Tratados de Libre Comercio que recogen compromisos internacionales, que priman incluso sobre la ley peruana en caso de conflicto, y que establecen la arbitrabilidad de actos de imperio que puedan estar afectando las inversiones.

Lo cierto es que escribir un artículo sobre la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias sin mencionar los términos "contrato ley" y "tratados internacionales" es como escribir un artículo sobre la diabetes sin usar el término "azúcar" o sobre Luis XIV sin usar el término "Francia". El contrato ley y los tratados internacionales definen la clave de la arbitrabilidad de las decisiones de organismos públicos y en particular de las decisiones regulatorias.

En tercer lugar, confunden la arbitrabilidad de un asunto derivado de una decisión regulatoria con quién debe ser parte en el arbitraje. Que la decisión regulatoria sea adoptada por un organismo regulador no significa que el organismo regulador deba ser parte en el arbitraje. De hecho será parte quien haya suscrito los compromisos que permiten arbitrar y no necesariamente la entidad que emitió el acto que genera el arbitraje.

Y, en cuarto lugar, confunde qué es lo que es objeto de arbitraje. En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuales serían las consecuencias de dicha vulneración. Por tanto no es que el concedente pueda o no disponer de las funciones del OSITRAN. Según el contrato, el Estado peruano garantiza que la actividad de OSITRAN (y en general de cualquier organismo del Estado) no puede modificar ni limitar las obligaciones contractuales.

Como decíamos, estos errores son comunes y se cometen en todas las latitudes. Si bien los marcos legales nacionales pueden presentar algunas particularidades, lo cierto es que los errores conceptuales que suelen cometerse son los mismos y, por ende, las consecuencias que de estos se derivan son claramente contrarias al sentido de lo que efectivamente puede someterse a decisión de los tribunales arbitrales: las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo emitido por el regulador.

5. La Relevancia de los contratos ley en la arbitrabilidad de controversias regulatorias

Los contratos de inversión pueden tomar formas muy distintas: contratos de concesión, de licencia para exploración, de Asociaciones Público Privadas, de privatización, convenios de estabilidad jurídica o tributaria, etc. Llamaremos contratos de inversión a todo acto jurídico que tiene por objeto promover o desarrollar un proyecto de inversión y en el que, por alguna razón, una de las partes es el Estado, y la otra un inversionista privado.

Ahora bien, estos contratos suelen contar con cláusulas arbitrales que permiten arbitrar los incumplimientos que se den a las obligaciones en ellos contenidos.

Estos contratos se han presentado, con matices propios de los distintos marcos legales nacionales de los distintos países, bajo ciertos elementos comunes que les dan características especiales:

a. Las inversiones han requerido garantías estatales que comprometen facultades de *ius imperium* (como estabilidad de regímenes legales, tributarios, cambiarios, o seguridades contra expropiaciones o reglas regulatorias

que van desde condiciones de acceso, cálculos de tarifas, estándares de calidad, etc.);

b. Implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en los que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

En estos casos el propio contenido del contrato recae o se vincula sobre facultades asumidas como inherentes al Estado, y que como tales suelen encontrarse dentro del ámbito de la doctrina de los actos del Estado. No estamos ante contratos en que uno se compromete simplemente a transferir un automóvil por el pago de un precio. Suelen contemplar el aseguramiento de un marco de reglas aplicables a la inversión, dotando de cierta estabilidad a la inversión garantizada por el Estado. Por ende y toda vez que el objeto del contrato consiste en brindar dicha garantía y estabilidad, su afectación constituye un incumplimiento contractual. En otras palabras se considera como un incumplimiento que puede generar responsabilidad, el cambio de las reglas fijadas por el propio Estado. El *ius imperium* se contractualiza.

Estos contratos contienen, como compromiso del Estado, el deber de respetar ciertas reglas en el uso de sus potestades públicas, que llegan incluso a establecer los estándares de cómo se calculan las tarifas, o de cómo se deben cumplir con los estándares de servicio o de cómo es que se establecen las reglas de acceso a competidores, entre otras. Hacen o recogen temas y reglas que suelen confiarse a los sistemas regulatorios regidos ordinariamente por el Derecho administrativo.

En otras palabras, muchos de estos contratos constituyen parte o casi todo el marco regulatorio al que queda sometido el inversionista, con una declaración expresa del Estado de que dicho marco no será modificado ni aplicado de manera diferen-

te. Estamos pues frente a la denominada regulación por contrato, figura que se usa precisamente para crear marcos regulatorios *ad hoc* a ciertas inversiones y que sustituyen, precisan o ajustan los marcos regulatorios comunes.

Así, por ejemplo, bajo este sistema, los contratos de concesión, en tanto expresan un acuerdo de partes, se utilizan en lugar de las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir –no para ampliar– la discrecionalidad del Estado y sus agentes. En esta línea, GUASCH y SPILLER enfatizan que los contratos *"están intencionados para limitar al gobierno, más que para otorgarle amplios poderes regulatorios"*[11].

En efecto, el contrato como instrumento regulatorio exige que el concesionario esté de acuerdo con cualquier modificación de los términos del mismo. De este modo, por ninguna vía el Estado podrá modificar unilateralmente lo expresamente pactado. Ni siquiera podrá hacerlo a través de una norma posterior.

Tal como afirman GUASCH y SPILLER:

> "La ventaja de establecer marcos regulatorios a través de licencias es que, en la medida en que las licencias suelen tener la fuerza de un contrato entre el gobierno y las firmas, cualquier enmienda a las mismas suelen requerir el consentimiento de la compañía"[12].

Su uso se da precisamente para reducir el riesgo regulatorio y crear incentivos para que el Estado no desconozca con la mano derecha lo que reconoció con la mano izquierda.

11. GUASCH, J. Luis / SPILLER, Pablo, *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, The World Bank, Washington DC, 1998, p. 38. Traducción libre.
12. GUASCH, J. Luis / SPILLER, Pablo, *op. cit.*, p. 45. Traducción libre.

Por ello es un contrasentido sostener que no es arbitrable precisamente aquello que explica la naturaleza particular del contrato. Esa es la razón de ser del mismo.

Por supuesto que la arbitrabilidad alcanza sólo a aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato, y por tanto no alcanza aquellos temas que el contrato no regula. Si el contrato señalara, por ejemplo, que las normas de acceso no son arbitrables, entonces debe respetarse el acuerdo. Pero si el contrato lo regula, entonces es arbitrable, salvo que el propio contrato lo excluya como materia arbitrable.

No es extraño que, a los pocos años de creado y aplicado este marco, el Estado pretenda desconocer el carácter arbitrable de los aspectos regulatorios contemplados en estos contratos y surja la resistencia a la arbitrabilidad de estos casos, lo que se agrava con la existencia de una cláusula relativamente común en las Leyes de Arbitraje respecto a la no arbitrabilidad de asuntos vinculados con las facultades inherentes del Estado[13] o que excluyen los temas que no son objeto de libre disposición[14]. El Estado reacciona y pretende que se reconozca la máxima del "Estado soy yo", pretendiendo así privar de competencia a los tribunales arbitrales y retomar el poder sin los límites que caracterizaba las épocas anteriores a las políticas públicas de promoción de inversiones.

Por eso sostenemos que es un grave error de los Drs. CASTILLO y SABROSO pasar por alto la naturaleza particular de estos contratos, y sobre todo los marcos legales en que se sustentan, al extremo de siquiera mencionarlos en su análisis.

13. A título de ejemplo tenemos el artículo primero de la antigua Ley General de Arbitraje del Perú (Ley 26572, publicada el 5 de enero de 1996), que establece:
"Artículo 1.- Disposición General.
Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto:
(...)
4.- Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público".
14. Como por ejemplo el actual artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, actual ley de Arbitraje.

A efectos de ahondar sobre este tipo de regulación contractual, revisemos cuál es el marco constitucional y legal que la ampara. En ese sentido, el artículo 62° de la Constitución establece que:

> "La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente". (el subrayado es nuestro)

En relación a los contratos ley mencionados en el precitado artículo, el Tribunal Constitucional del Perú ha dado la siguiente definición:

> "La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál puede ser su contenido. Se limita a señalar que '(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades (...)'.
>
> Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste"[15] (el subrayado es nuestro).

MARCIAL RUBIO[16] señala sobre este punto que:

> "Los contratos ley tienen esta denominación, precisamente, porque una vez acordados y aprobados por el Estado, son inmodificables por el plazo que en ellos se establezca. Su finalidad consiste en dar garantías a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan. De esta manera, los inversionistas pueden hacer un cálculo de costos e inversión para el largo plazo. Por ello, estos contratos se llevan a cabo, principalmente, para obras de larga maduración o de alta inversión para explotación duradera (típicamente, contratos de explotación minera)" (el subrayado es nuestro).

La fortaleza legal de un contrato ley, permite que el Estado garantice que incluso no modificarán leyes, si estas leyes entran en contradicción con el texto del contrato. O que, en todo caso, si la modificación se realiza, esta no será oponible al inversionista. Y si ello es posible con una Ley, uno de los actos de imperio más importantes y con mayor jerarquía del Estado, la pregunta obvia es cómo esa garantía no puede aplicarse a una decisión regulatoria que contradice lo que señala el contrato o no respeta su texto o su espíritu.

Por ejemplo, si un contrato ley contempla que serán exigibles a un inversionista en el mercado de telecomunicaciones determinados estándares de calidad en el servicio, y una ley

15. Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. Nº 005-2003-AI/TC - Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley. La decisión se ubica en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI%20Admisibilidad.html.
16. RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política *de 1993*, t. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 294-295. De manera similar, MONTOYA ALBERTI, Ulises, "Medios de protección a la Inversión Extranjera", en Revista de Derecho y Ciencia Política, vols. 52, Nº 2, 53 y 54, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1995-1997, p. 112, indica que el "...derecho adquirido en el contrato no puede ser afectado por una ley, aún más, teniendo en cuenta que en algunas legislaciones, como es el caso del Perú, estos contratos tienen rango constitucional, en este caso cualquier ley que se dicte modificando unilateralmente sus condiciones sería inconstitucional, pudiendo plantearse las acciones que la Constitución señala para tales casos. Además de existir la prohibición de no poder modificarse legislativamente".

establece luego estándares más exigentes a la industria, el cambio legislativo no será oponible al inversionista que esté amparado por su contrato. Ello no significa que se esté arbitrando el valor de la Ley y su conformidad con el ordenamiento jurídico peruano. Pero sí podrá el inversionista reclamar que ese cambio legislativo no le es exigible ni oponible, y que su aplicación constituiría una vulneración de su contrato. Si existe un convenio arbitral, tal conflicto será materia arbitrable.

Sin duda uno puede decir que la facultad de dictar y hacer cumplir leyes no es de libre disposición. Quién podría durarlo. Pero si la Ley lo autoriza, esa facultad puede ser arbitrable, no porque no sea de libre disposición, sino porque el marco legal autoriza su arbitrabilidad. No se debe por tanto confundir que las leyes no sean de libre disposición con el hecho de que las consecuencias contractuales de esas leyes no sean arbitrables. Si el Estado se comprometió a que se cumpliría un determinado marco de reglas contractuales, no podrá modificarlo bajo la excusa que una ley modificó esas reglas. Justamente de ese problema se encargan los contratos leyes.

Si esto ocurre con una ley, con mayor razón con una decisión de un organismo regulador que contraviene o desnaturaliza el contrato. Si una tarifa se calcula en contra de las reglas pactadas en el contrato para su cálculo, más allá que la función de determinar tarifas de un regulador no sea en principio de libre disposición, la ley puede autorizar que el impacto contractual de dicha decisión sí sea arbitrable y por tanto se genere la responsabilidad por incumplimiento del Estado.

Esta función de los contratos leyes está claramente recogida en la Exposición de Motivos del artículo 1357º del Código Civil que señala:

> "Por lo demás es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo

requiera. Esta es, en el fondo, la esencia del 'contrato-ley', en el cual y partiendo de la existencia de una regulación legal que confiera seguridades y garantías, quedan concretadas en una relación contractual de Derecho privado y de cumplimiento forzoso para los otorgantes".

Como indica DE LA PUENTE *"...pese a su 'jus imperium',* [el Estado queda] *sometido a una relación contractual* cuando se trate de otorgar garantías y seguridades a un particular (...) *Relación contractual que lo obliga a mantener tales seguridades y garantías en los términos del contrato"* (el agregado y subrayado son nuestros).

Así, la consecuencia principal es que suscrito el contrato, este transforma una relación típicamente pública/administrativa en una privada/contractual[17], no resultándole de aplicación a este contrato las facultades de imperio o cláusulas exorbitantes del Estado. La Ley convierte de libre disposición, lo que en un inicio no lo era. Esa es la esencia y la razón de ser de los contratos ley.

Los contratos ley se rigen exclusivamente por el derecho privado, y por ello los convenios arbitrales contenidos en dichos contratos ordenan arbitrar una relación que se ha convertido en una de derecho privado. La discusión sobre el carácter disponi-

17. Decisión sobre jurisdicción de 1 de febrero de 2006, en los seguidos por *Duke Energy International Perú Investment N° 1, Ltd.* c. República del Perú (Caso CIADI ARB/03/28): "31. ...*pursuant to the investment laws of Peru, the main features of LSAs are that (i) the stabilized legal regimes cannot be changed unilaterally by the State, and (ii) the agreements are subject to private or civil law and not administrative law. As private-law contracts, the negotiation, execution, interpretation and enforcement of the provisions set forth in LSAs are subject to the general principles applicable to contracts between private parties under the Peruvian Civil Code. As such, the fundamental rights granted by Peru pursuant to an LSA are private contractual rights that are enforceable against the State as if it were a private party*". La decisión se ubica en www.investmentclaims.com/decisions/Duke-Jurisdiction.pdf.
Esta también es la opinión generalizada de los expertos peruanos: PINILLA CISNEROS, Antonio, Los contratos-ley en la legislación peruana, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, pp. 139-140; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, El Contrato-Ley: Los contratos de estabilidad jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 165; y, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Constitución, privatización y servicios públicos: El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú", en BELAUNDE, Javier de / BULLARD, Alfredo / PIZARRO, Luis y SOTO, Carlos (eds.), Libro homenaje a Jorge Avendaño, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 578-588. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, vol. XI, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 361.

ble o no de la materia sobra. Estos esquemas legales se crearon precisamente para proteger un derecho del inversionista contra el uso de potestades públicas que, por definición, no son en principio disponibles. Por tanto si un acto estatal afecta el contenido del contrato, las consecuencias contractuales de ese acto resultan arbitrables.

Como veremos más adelante, en el caso del Perú, existen diversos regímenes de los que puede derivarse un contrato Ley. Sería muy engorroso analizar al detalle cada uno de ellos. Por eso vamos a utilizar uno en particular para explicar el funcionamiento, en términos generales, de este tipo de mecanismos.

Usemos como ejemplo el contrato de concesión para la explotación del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", celebrado entre el Estado peruano y Lima *Airport Partners*.

Mediante Decreto Supremo No. 022-2001-EF, el Estado peruano estableció lo siguiente:

> "Artículo 1.- El Estado peruano garantiza, mediante contrato celebrado al amparo del Artículo 1357º del Código Civil, las declaraciones, *obligaciones y garantías a su cargo, contenidas en el contrato de concesión* para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional 'Jorge Chávez', que se celebra con Lima Airport Partners SRL(...)".

Esta garantía se otorgó al amparo del artículo 4 de la Ley Nº 26885, debidamente concordado con el artículo 2 del Decreto Ley Nº 25570, conforme fuera sustituido por el artículo 6 de la Ley Nº 26438, los cuales permiten "que el Estado otorgue a los titulares de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos incluidas en los alcances del Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo Nº 059-96-PCM, las garantías de las obligaciones, declaraciones y garantías asumidas por el Estado, en el respectivo contrato de concesión".

Veamos qué dicen las normas que sirvieron de base al referido Decreto Supremo. El Artículo 6 de la Ley Nº 26438, que sustituye el artículo 2º del Decreto Ley Nº 25570 establece lo siguiente:

> "Artículo 2º.- De acuerdo a lo señalado en el Artículo 1357º *del* Código Civil, el Estado queda autorizado para *otorgar mediante* contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo Nº 674, bajo cualquiera de sus modalidades previstas por el Artículo 2º de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente".

Por su parte el artículo 1357º del Código Civil señala:

> "Por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".

Asimismo, el artículo 4º de la Ley Nº 26885 –Aprueban Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos–, señala:

> "Artículo 4º.- Son de aplicación a los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas –PROMCEPRI, en lo que sea pertinente, las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo Nº 674, sus ampliatorias, complementarias y modificatorias" (el subrayado es nuestro).

¿Qué significa la aplicación conjunta de todas estas normas?

En principio el contrato de concesión del aeropuerto sería un contrato administrativo. Pero al establecer la Ley No. 26885 que se le puede aplicar las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 674 (que originalmente sólo resultaba aplicable a las transfe-

rencias de activos de empresas de propiedad del Estado), permite que el Estado pueda otorgar en esos contratos las garantías previstas en el artículo 1357 del Código Civil.

Es por ello que además del contrato de concesión mismo, con el sustento anotado del Decreto Supremo Nº 022-2001-EF, se celebró un Contrato de seguridades y garantías que es suscrito el 16 de marzo de 2001, el cual dispone en su artículo 2.1. lo siguiente:

> "Por medio del presente contrato EL ESTADO garantiza a EL CONCESIONARIO las declaraciones, seguridades, garantías y obligaciones asumidas por EL CONCEDENTE en el Contrato de Concesión (...)".

En otras palabras, el contrato de seguridades y garantías convierte el contrato de concesión en contrato ley, y con ello las obligaciones allí asumidas se vuelven verdaderas obligaciones de naturaleza contractual, incluso cuando las mismas se refieren a asuntos regulatorios que pueden ser decididos por un organismo regulador. Bastaría que el contrato contemple o reconozca en su texto un aspecto regulatorio para que pueda interpretarse que el tema regulatorio deberá ser asumido y ejecutado como está en el contrato, salvo, claro está, que el propio contrato permite su modificación unilateral por el organismo respectivo.

Así, por ejemplo, si un contrato se ha ajustado al marco legal descrito, y por tanto es un contrato ley que establece la fórmula de ajuste de una tarifa, si el regulador (que no suscribe el contrato, pero es parte del Estado peruano) aplica una fórmula diferente a la pactada, estaría vulnerando el contrato.

Por supuesto que la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable.

Lo mismo ocurriría si el regulador vulnera otros acuerdos, tales como la calificación del tipo de situaciones sujetas a una tarifa, los estándares de calidad contractualmente establecidos o las condiciones que deben cumplirse para dar acceso a un usuario al servicio, las reglas ambientales o de seguridad exigibles, entre muchos otros ejemplos.

En el caso del ejemplo del contrato de concesión del Aeropuerto, estamos frente a dos contratos: el de concesión y el de seguridades y garantías. El carácter de contrato ley del segundo convierte el contenido del primero en parte del contrato ley, y por tanto su contenido no puede ser modificado ni siquiera por una Ley. Menos aún puede ser modificado o desnaturalizado por un acto administrativo del regulador.

Como bien señala TRELLES[18]:

> "A modo de ejemplo es posible imaginar un caso en el cual el Estado celebre un contrato administrativo por el cual otorgue la concesión de cierto servicio público a una persona jurídica y, posteriormente, *celebre un contrato-ley* por el cual establezca que lo estipulado en el contrato de concesión será inmodificable sin el consentimiento del contratante privado. *En este caso tendríamos dos contratos administrativos, a saber, el contrato de concesión y el contrato-ley. Por el primero el Estado gozaría de poderes tales como el de modificar el contrato y el de resolverlo por motivos de interés público; por el segundo el Estado estaría estableciendo que no podrá hacer uso de tales poderes, con lo cual otorgaría una gran seguridad a los inversionistas.* Esta auto limitación del Estado de las prerrogativas que en situaciones normales gozaría *no podría ser modificada de modo alguno, salvo con la anuencia del contratante privado,* pues estaría bajo la protección del segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución" (el subrayado es nuestro).

18. Trelles Belaunde, Oscar, "El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos", en Themis, Revista de Derecho, N° 44, Lima, 2002.

El Tribunal Constitucional peruano ha avalado este razonamiento que concluye en la renuncia al *ius imperium* estatal:

> "...no existe una limitación [constitucional] para que el Estado, mediante el contrato-ley... extienda las garantías que se derivan de su suscripción..., dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, *a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo,* precisamente con el objeto de que, *con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados*"[19] (el subrayado y agregado son nuestros).

Siguiendo con nuestro ejemplo, el propio Contrato de seguridades y garantías contiene una cláusula arbitral. Esta cláusula señala que en caso de controversia será de aplicación el convenio arbitral contenido en el contrato de concesión. En consecuencia cualquier controversia que surja en torno a las seguridades y garantías otorgadas será arbitrable. Y ello porque el contrato dejó de ser administrativo y se convirtió en uno de derecho civil.

De lo señalado se deriva que, por el mérito de un contrato ley:

a) El Estado renuncia a su *ius imperium* de donde se deriva que lo que en un origen podría no haber sido de libre disposición, es hoy de libre disposición por mandato de la propia ley.
b) Los términos del contrato solo pueden ser dejados sin efecto o modificados conforme a las reglas del propio contrato. Por tanto el Estado no puede modificar o afectar lo pactado unilateralmente, ni siquiera mediante una ley, y menos por un acto administrativo de un organismo regulador.

19. Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 005-2003-AI/TC - Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

c) Todas las controversias vinculadas al contrato, incluso aquellas que se deriven de una modificación legal, reglamentaria o de un acto administrativo de un organismo público, serán arbitrables, salvo, claro está, que el propio contrato excluya su arbitrabilidad de manera expresa.

Precisamente el no haber analizado este aspecto legal es la fuente del profundo error en el que incurren CASTILLO y SABROSO, pues como se puede notar de una lectura de su artículo, no hay una sola referencia al régimen de los contratos ley. El error los lleva a usar como base el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje que establece que no son arbitrables las materias que no sean de libre disposición. Ese análisis, como hemos visto, es claramente incompleto.

Como ya dijimos el artículo 62° de la Constitución establece que:

> "La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

De la norma claramente se deriva que es posible someter a arbitraje los términos de un contrato, incluido un contrato ley, pues "...pese a su *ius imperium*, [el Estado peruano queda] sometido a una relación contractual"[20] de derecho privado. En otros términos, ha sido el propio Estado peruano quien, en ejercicio de

20. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General* - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, *op. cit.*, p. 368.

su *ius imperium* ha decidido soberanamente mediante el Contrato de seguridades y garantías renunciar a éste y aceptar que las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato ley sean de derecho privado y, por lo tanto, plenamente disponibles entre las partes, posibilitando así su acceso a la vía arbitral[21].

En consecuencia, es la Constitución, antes que la Ley de Arbitraje, la que permite arbitrar estas controversias.

En ese sentido la propia Ley de Arbitraje no solo no prohíbe el arbitraje, sino que lo permite cuando en el artículo 2.1. dispone lo siguiente:

> "Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.
> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley [o en este el artículo 62 de la Constitución] o los tratados o acuerdos internacionales autoricen" (el subrayado y agregado es nuestro).
>
> Así la Ley de Arbitraje reconoce que son materias arbitrables: a) Aquéllas de libre disposición; y, además, b) aquellas que la ley (y con mayor razón la Constitución) autoricen. Como bien ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano, la relación jurídica de inversión goza de la inmodificabilidad que se genera a partir de la naturaleza jurídica del contrato-ley, inmodificabilidad que no solo alcanza a las cláusulas del contrato mismo, "sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, [la inmodifica-

21. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales", en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 38, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 20. "(...) los convenios de estabilidad suscritos conforme a los Decretos Legislativos N°s 662 y 757 [como también el CONTRATO] tienen expresamente asignada naturaleza civil, y no administrativa. De ello se colige el refuerzo que el legislador quiso otorgarles, abdicando el Estado de todo atributo de imperio que normalmente hubiera tenido como parte de Derecho Público". VÁSQUEZ LAZO, Ricardo, "Análisis tributario de los convenios de estabilidad jurídica con relación a las empresas eléctricas", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 27. "...desde el momento en que ese Estado forma parte de un Contrato-Ley se despoja de ciertas atribuciones. Su libre disposición está contenida en dos Decretos Legislativos el 662 y el 757, leyes sobre inversión privada y extranjera, en donde el Estado ha dispuesto dotar a los inversionistas, es decir a la contraparte del contrato-ley, de ciertas garantías, garantías que son de libre disponibilidad del Estado por lo que mal podría decirse que el asunto de controversia carece de libre disponibilidad".

bilidad alcanza] tanto [a] la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como [a] las cláusulas de este último"[22].

Por ello la protección dada por el carácter de contrato ley protege al inversionista no solo de la inejecución de alguna obligación específica, sino de cualquier intento, directo o indirecto, de modificar los fundamentos legales del propio contrato, sea mediante un acto legislativo o, incluso, mediante un acto administrativo de naturaleza regulatoria.

Es importante anotar que el ejemplo que hemos señalado no es el único mecanismo legal previsto en el ordenamiento para generar los efectos de un contrato ley. Hay otros ejemplos tales como:

1) Los convenios de estabilidad jurídica que el Estado peruano celebra con particulares al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y 757[23]. Mediante estos convenios el Estado

22. Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 005-2003-AI/TC - Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

23. Artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757: "Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".
Por su parte, el artículo 24° del Decreto Supremo N° 162-92-EF –Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, establece que: "En mérito a lo prescrito en las normas legales a que se refiere el artículo 1° del presente Decreto Supremo, por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultra actividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.
La ultra actividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables".
Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 005-2003-AI/TC - Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley: "...como sucede con los denominados contratos-ley, a los que se refiere el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757... la expresión enfatiza la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados unilateralmente".

peruano estabiliza esencialmente, entre otros, el régimen del impuesto a la renta, el régimen cambiario y de disponibilidad de divisas y el régimen laboral, por un período de tiempo.

2) En el sector de Telecomunicaciones, la Ley Nº 26285 - Desmonopolización progresiva de telefonía fija local y de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, dispone en su artículo 3º que "[l]os contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley".

3) En el sector de Hidrocarburos, el artículo 12º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos -Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, dispone que los

> "...Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. Los Contratos de licencia, así como los Contratos de Servicio, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357º del Código Civil"[24].

4) En el caso de las concesiones reguladas por lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 059-96-PCM - Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, resulta aplicable el artículo 6º de la Ley Nº 26438, que posibilita que contratos de concesión sean considerados como contratos ley.

Lo importante es entonces tener en cuenta que, si la ley autoriza la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición, esa autorización hace que las materias sean arbitrables. Y en el caso de muchos de los países de la región, el

24. Según modificatoria introducida por la Ley Nº 27377.

marco legal autoriza a que dicha arbitrabilidad sea posible, con las particularidades que puedan presentarse en cada uno de estos ordenamientos.

6. La relevancia de los tratados internacionales en la arbitrabilidad de decisiones regulatorias

El otro error común al discutir sobre el tema de la arbitrabilidad de decisiones regulatorias, es obviar lo que señalan los tratados internacionales. Ese es un error en el que también incurren Castillo y Sabroso, al no hacer ninguna mención en su ya citado artículo a los tratados internacionales que regulan el sistema de arbitraje de inversión.

De hecho una buena parte de los contratos de inversión gozan de lo que podríamos llamar una doble arbitrabilidad, porque no solo son las materias regulatorias arbitrables por la ley, sino por los tratados. Y en eso también la situación del Perú guarda similitudes con las de muchos otros países de la región.

Nótese nuevamente la redacción del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje vigente:

> "Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje.
> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o *los tratados o acuerdos internacionales autoricen*".

Como se ve no sólo la ley, sino además los tratados, pueden autorizar la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición. Por tanto no analizar los alcances de los tratados para la arbitrabilidad de controversias de inversiones es una omisión bastante gruesa.

Varios contratos ley contemplan, por ejemplo, cláusulas de arbitraje CIADI. El CIADI (que no es otra cosa que un tratado) permite la arbitrabilidad de controversias sobre inversiones, que incluso pueden comprometer decisiones regulatorias. En esos supuestos, puede sostenerse, según la normatividad aplicable, que ni siquiera es necesario que el contrato sea un contrato ley. Dado que el Perú ha suscrito el CIADI, el pacto de arbitrar de un contrato que contemple contenido regulatorio, bajo el sistema CIADI, puede operar como un acuerdo arbitral válido para estas materias amparándose en el texto del tratado, que prevalecerá incluso sobre alguna disposición interna que lo prohíba.

Pero ahí no termina la historia. Existen numerosos tratados que contemplan la arbitrabilidad de actos de gobierno que afecten inversionistas, incluso sin la existencia de un contrato entre el inversionista y el Estado. Varios tratados de protección de inversiones permiten al inversionista someter a arbitraje una controversia por la simple violación, así no exista un convenio arbitral con el Estado.

A continuación analizamos estos aspectos.

6.1 La arbitrabilidad de decisiones regulatorias bajo el CIADI

En 1965, el Banco Mundial aprueba el texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés) que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966[25].

El objetivo del CIADI es crear un foro arbitral que resuelva controversias entre los Estados miembros y los particulares de

25. El texto del Tratado puede ubicarse en www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/icsid-Spanish.pdf Puede encontrarse información sobre los antecedentes de este Tratado en Broches, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction", en Columbia Journal of Transnational Law, vol. 5, No 2, 1966, pp. 263-280; y, Amerasinghe, C.F., "The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation", en Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 9, 1976, pp. 793-816.

otros Estados miembros a fin de dotar a la inversión de las seguridades que la hagan viable. Como ha señalado el propio CIADI, la creación de una institución designada para resolver disputas entre Estados e inversionistas extranjeros es un paso importante para promover una atmósfera de confianza mutua que estimule el flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que deseen atraerlo[26]. Precisamente aborda el problema de falta de alineación de incentivos en los organismos públicos y el tema del *accountability*.

Es de destacar que el CIADI fue creado precisamente para proteger a los inversionistas contra actos de gobierno que afecten las inversiones. Estos actos pueden ser leyes, decisiones administrativas e, incluso, decisiones judiciales.

El CIADI es único en su especie. Ha conseguido con inusual eficacia, sustraer del control de las legislaciones domésticas todo el proceso arbitral, incluida la anulación del laudo. Esto significa que tanto las legislaciones locales como las Cortes Ordinarias han visto mediatizado su rol. Casi se podría decir que el CIADI es un sistema arbitral "químicamente puro", libre de influjos procesales de las legislaciones y Cortes de los países miembros. Ello lo hace tan particular, pues es la consolidación de un sistema arbitral que se coloca por encima de la justicia entendida como una facultad pública exclusiva del Estado Nación. El CIADI nos muestra un sistema arbitral que podríamos definir como originario, es decir, que muestra un desapego casi total a controles de jurisdicciones nacionales y que nace no como una delegación por parte del Estado, sino de un acuerdo entre las partes.

Así, un arbitraje CIADI se desarrolla sólo bajo sus propias normas, sin la intervención de la legislación arbitral y del poder judicial del lugar donde físicamente se lleve a cabo el proceso, como de cualquier otro Estado[27]. El resultado de ello es una

26. Reporte del CIADI citado por AMERASINGHE, C.F., "The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation", p. 794.

mediatización casi absoluta de la capacidad de los Estados de desconocer el arbitraje y el laudo que de él se derive. El reconocimiento del CIADI como un sistema auspiciado y acogido por el Banco Mundial hace además muy poco recomendable desconocer sus decisiones sin que un Estado corra el riesgo de ser castigado en los flujos de inversión futura por el efecto "ostracismo" que podría generar. Y todo ello en un contexto que facilita la ejecución de lo resuelto, liberándose de los problemas de ejecución de fallos de Cortes extranjeras, gracias a la presunción de que el arbitraje es un sistema privado aceptado por ambas partes.

El sueño de los internacionalistas de crear un órgano omnímodo supranacional de solución de controversias se comienza entonces a realizar por un camino insospechado, es decir, a través del sometimiento de los Estados a un sistema arbitral donde los casos son resueltos por tribunales privados, liberados de los límites que suele imponerse las jurisdicciones ordinarias para decidir sobre los asuntos de otro Estado.

Un antecedente puede ayudarnos a comprender el cambio de paradigma y los límites que enfrenta un Estado para liberarse del compromiso de arbitrar. En 1968 la empresa norteamericana *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. (Alcoa)* celebró un contrato con el Estado de Jamaica para invertir en la construcción de una planta de aluminio. El compromiso de inversión tenía como contrapartida un acuerdo de estabilidad tributaria, lo que implicaba una renuncia del Estado de Jamaica a ejercer su facultad de cambio del régimen tributario, potestad evidentemente pública. Se pactó que cualquier conflicto sería resuelto bajo el sistema CIADI. Jamaica no formuló ninguna reserva en relación al Convenio de 1965 a propósito del tipo de inversión que podía caer bajo su ámbito. No había por tanto mayor discusión sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados del contrato con Alcoa.

27. Ver Van den Berg, Albert Jan, "Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions", en ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 2, No 2, 1987, p. 441.

Luego de algunos años Jamaica intentó renegociar el contrato, en particular el compromiso de estabilidad tributaria. Alcoa se resistió a cambiar el régimen contractual, lo que motivó una modificación legislativa que afectaba directamente el contrato. Jamaica sostuvo que estando involucrados recursos naturales (el contrato contemplaba una concesión de bauxita) que eran de potestad exclusiva e irrenunciable del Estado jamaiquino, no podía arbitrarse la controversia.

Alcoa demandó a Jamaica ante el CIADI por violación del contrato de estabilidad tributaria. Jamaica nunca se apersonó, creyendo que ello era consistente con su posición de no arbitrabilidad del conflicto.

Constituido el Tribunal Arbitral, éste consideró que de acuerdo al artículo 25 del Tratado del CIADI *"(...)* el consentimiento dado por las partes no(...) [podía] ser unilateralmente retirado" por lo que el CIADI tenía competencia[28].

¿Cómo funciona el CIADI? Los países miembros han aceptado que sean arbitrables aquellas situaciones en las que haya un consentimiento del Estado. Este consentimiento debe ser prestado de alguna de las maneras previstas en el artículo 25 del tratado:

> "Artículo 25º
> (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro (...)".

28. Para un análisis completo de este caso leer a Schmidt, John T., "Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica", en Harvard International Law Review, vol. 17, Nº 1, 1976, pp. 93-103.

Tal y como señala CANTUARIAS[29] y conforme a la jurisprudencia del CIADI, el Estado que es parte del CIADI tendrá que aceptar la arbitrabilidad de una controversia, si ha prestado consentimiento (1) mediante un contrato; (2) mediante una ley que reconozca la arbitrabilidad; o (3) mediante un tratado.

En el caso del Perú, por ejemplo, numerosos contratos contienen cláusulas de arbitraje CIADI. Nótese, como ya se indicó, que esa inclusión permitirá arbitrar un problema de inversiones, incluso si el contrato no fuera un contrato ley. Además numerosos tratados reconocen la arbitrabilidad de controversias de inversiones con inversionistas. Por tanto una decisión de un regulador podría incluso ser arbitrable así no exista un contrato entre el inversionista y el Estado.

Así, el CIADI es voluntario para el Estado. Ello significa que la simple ratificación del Tratado no hace arbitrables las controversias entre los Estados miembros y los nacionales de otros Estados miembros. Se requiere de un acuerdo posterior, sea a través de un convenio arbitral con el inversionista (similar a como ocurrió en el caso Alcoa que hemos reseñado) o por medio de tratado suscrito entre dos países miembros. También puede operar cuando una Ley interna de un país miembro reconoce la arbitrabilidad de controversias con controversias para determinados supuestos.

Todas las ventajas señaladas, las que benefician tanto a los Estados como a los inversionistas, explican el gran éxito del CIADI, éxito que se ha profundizado en los últimos años, lo que se refleja en la cantidad de Estados signatarios[30] como en la can-

29. Cantuarias Salaverry, Fernando, Arbitraje Comercial y de las Inversiones, UPC, Lima, 2007, pp. 594 y ss.
30. Ello explica porqué al año 2003, 140 Estados formen parte del CIADI, dentro de los que están incluidos un buen número de países Latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ello constituye un cambio significativo de la reacción inicial de estos países que interpretaron en sus orígenes al CIADI como un sistema creado para perjudicar a los países en desarrollo. Esta actitud originalmente reticente se agudizó con la existencia de las llamadas "cláusulas Calvo" ya analizadas y que obligaban a los inversionistas a someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión.

tidad de arbitrajes llevados a cabo bajo el sistema[31]. La distribución de casos y problemas son de los más variados. Como veremos, algunos ni siquiera se refieren a la existencia de contratos (es decir, el caso de los tratados) pero una buena parte tienen que ver precisamente con contratos administrativos.

DELAUME, precisa que, de acuerdo al Tratado, podrán arbitrarse ante el CIADI conflictos sobre incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable, y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación. No pueden arbitrarse conflictos de intereses, como son la renegociación de un contrato o de determinadas cláusulas contractuales[32].

Así el artículo 25º el CIADI establece que pueden ser arbitrables diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. Así, se señala:

> "Artículo 25º
> (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las *diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión* entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes *hayan consentido por escrito en someter al Centro* (...)".

Respecto a los temas no arbitrables, Omar E. GARCÍA BOLÍVAR refiere que:

31. Al año 2003 se habían recibido un total de 133 solicitudes de arbitraje, y se ha llegado a un número importante de transacciones que gira alrededor de la mitad de las solicitudes de arbitraje presentadas. Ver FRY, Jason, "Enforcement of the Award", *op. cit.*, p. 10. RIGO SUREDA, Andrés, "ICSID: An Overview", en *World Arbitration & Mediation Report*, vol. 13, No 6, June 2002, p. 168. En www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, puede identificarse la información actualizada.
32. DELAUME, Georges R., "ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects", en *Pace Law Review*, Papers 195, 1985, p. 567.

> "Disputas de naturaleza técnica, por ejemplo dimensiones de un terreno, especificaciones técnicas de un equipo, entre otras, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, no están cubiertas por la Convención ni están dentro de los límites de la jurisdicción del CIADI. Igualmente disputas comerciales o políticas tampoco entran dentro del terreno del Centro"[33].

Lo cierto es que las decisiones de un regulador son perfectamente arbitrables bajo este esquema, dependiendo de las circunstancias del caso.

6.2 El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los tratados multilaterales

Pero quizás el aspecto más interesante en relación a los tratados es el llamado arbitraje sin convenio o *arbitration without privity*. Bajo este supuesto no existe estrictamente hablando un convenio arbitral entre el inversionista y el Estado. Sólo existe una oferta unilateral de un Estado a que ciertas inversiones, que cumplan los requisitos establecidos en una Ley o en un tratado, pueden solicitar el sometimiento a arbitraje, sin que el Estado en cuestión pueda resistirse a ir al mismo alegando la inexistencia de un acuerdo escrito. En esos casos si, por ejemplo, existe un BIT entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversionista, y el tipo de conflicto es de aquellos que justamente está contemplado en el tratado bilateral como arbitrable, el inversionista puede pedir el arbitraje y el Estado no puede resistirse a la instalación del Tribunal arbitral. Y si según la definición del BIT, el acto violatorio del trato es una decisión regulatoria, el tema será arbitrable.

Por ejemplo, imaginemos un caso hipotético en el que una empresa concesionaria de accionariado mayoritario proveniente

33. García-Bolívar, Omar E., "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, noviembre de 2003; Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, La Ley, Buenos Aires, Año 8, N° 1, 2004, p. 2.

de Estados Unidos (que efectivamente controla la empresa) ha obtenido la concesión para la construcción de una carretera de trascendental importancia en el país. En dicho Contrato, se han establecido una serie de pagos a favor de dicha empresa en contraprestación por una serie de servicios que debe cumplir durante la construcción de la carretera. Dichos pagos están sujetos a la evaluación previa que debe realizar el Regulador de dicho ámbito, aplicando lineamientos técnicos de cumplimiento del servicio contractualmente establecidos.

Sin embargo, el Regulador al momento de realizar la evaluación previa para proceder al pago de dichos servicios, no aplicó los lineamientos del Contrato y, por el contrario, en sus pronunciamientos administrativos aplicó nuevos lineamientos, que según su parecer consideró eran "más justos y razonables dada la importancia del servicio": Es decir, el pronunciamiento del regulador ha generado consecuencias adversas para la empresa concesionaria, afectando los derechos que le corresponden de acuerdo a su inversión.

Ante dicho hecho, la empresa concesionaria podría recurrir al Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado entre Perú y Estados Unidos (y que cuenta con un capítulo de protección de inversiones) a fin de resolver dicha controversia. Para tales efectos, dicha empresa concesionaria podría alegar que el Estado peruano ha violado un acuerdo de inversión a través del pronunciamiento del Regulador, afectando el disfrute y los ingresos que debería obtener por la inversión realizada[34]. En consecuencia, siendo dicha controversia una controversia relativa a la inversión realizada por dicha empresa en nuestro país, que supuestamente infringe lo regulado en el TLC, podría someterla –previo cumplimiento del procedimiento de consultas y negociación establecido en el tratado– al mecanismo del CIADI[35]. Para efectos prácticos el TLC opera como un BIT.

34. FTA Perú - USA, Art. 10.1.2.
35. FTA Perú - USA, Art. 10.15. y 10.16.

Tal y como se puede apreciar en nuestro ejemplo anterior, sin duda, el caso más interesante de *arbitration without privity* es el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs en sus siglas en inglés - *Bilateral Investment Treaties*) y el de varios tratados multilaterales.

No es fácil conocer el número real de BITs existentes a la fecha, pero Parra afirma que durante la década de los 60s habían 65 BITs, luego se suscribieron otros 86 BITs en la siguiente década y, a la fecha de su trabajo (año 2000), habían aproximadamente entre 1,400 a 1,800 BITs[36]. Y el número viene creciendo exponencialmente. Debe quedar claro que no todos los BITs contienen claúsulas de una oferta unilateral de arbitraje. Sin embargo es común encontrar un marco que autoriza a suscribir convenios arbitrales, sin que el simple hecho de ser nacional de un Estado parte autorice a solicitar un arbitraje con el otro Estado. Se estima que cerca de la mitad de los BITs contienen cláusulas de este tipo. De hecho no es posible referirse a una práctica usual. Cada BIT es un mundo aparte y su aplicación no está regida necesariamente por ningún patrón común. Hay que leer cada BIT para entender sus alcances y ver cómo se aplica.

Los BITs suelen ser más difíciles de modificar que la legislación interna por lo que ofrecen mayor seguridad que una Ley. Finalmente los Tratados solo pueden ser modificados mediante el procedimiento previsto en el propio Tratado. Y ese procedimiento suele ser más exigente que el que se pide para modificar una Ley. Ello explica el tremendo éxito de los BITs en los últimos años como mecanismo para generar confianza y estabilidad jurídica.

Como resulta obvio, el reconocimiento en un BIT de la arbitrabilidad de una controversia primará sobre la norma de la Ley de Arbitraje que dice que no son de arbitrables las materias que no sean de libre disposición. Ello no solo porque el artículo 2 de

36. Parra, Antonio R., "ICSID and Bilateral Investment Treaties", en *ICSID News*, vol. 17, N° 1, 2000, pp. 1-3.

la Ley de Arbitraje lo dice expresamente, sino porque incluso si no lo dijera, el tratado primará sobre la Ley interna. Para determinar la arbitrabilidad de una decisión regulatoria, habrá que revisar cómo define el BIT las controversias arbitrables (definición de inversión, definición de garantías concedidas por el tratado y de actos que pueden vulnerar la inversión, contenido del pacto arbitral, etc. Y para ello la legislación interna no será relevante. Por ello si el regulador vulnera con un acto el BIT, su decisión podrá quedar sujeta a arbitraje.

7. Protección de la arbitrabilidad contra disposiciones de la legislación interna

Pero incluso, en supuestos donde no se han previsto constitucional o legalmente excepciones al principio de no arbitrabilidad de los actos de *ius imperium*, los límites que se intentan a veces poner a ciertas materias, usando como base la legislación interna del Estado, suelen fracasar frente a los principios de Derecho Internacional aplicables, principalmente el principio de buena fe. Así no es extraño que los tribunales arbitrales e incluso las cortes ordinarias rechacen pretensiones para impedir el arbitraje basadas en limitaciones establecidas por la legislación doméstica de la parte estatal.

Ello convierte al arbitraje en un remedio muy efectivo frente a intentos de desconocer el sometimiento expreso a un medio de solución de conflictos distinto a las cortes del propio Estado. Así, una vez que el Estado ha pactado el arbitraje, es difícil que pueda renunciar a él. En efecto, Ulises Montoya señala sobre este particular, que *"(...) una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable"*[37].

37. Montoya Alberti, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 72.

RAGNWALDH comenta sobre el particular:

> "No es la incapacidad o la falta de facultades para someterse a una cláusula arbitral lo que es contrario al orden público internacional, sino por el contrario el acto del Estado para entrar en tal acuerdo sin revelar su incapacidad o falta de facultades para hacerlo y subsecuentemente invocar su ley interna para escapar de su obligación contractual a ir a arbitraje"[38].

DELAUME comparte también la opinión de que un Estado no puede repudiar un acuerdo arbitral en base a supuestas omisiones formales o sustantivas que se debieron observar según la legislación de su propio país, y agrega que:

> "(...) Un número impresionante de precedentes indican que tales prácticas tienen pocas posibilidades de ser exitosas. Incluso en casos en los que se demostró que no se siguieron todos los procedimientos previstos bajo la Ley del propio Estado, los tribunales arbitrales, de manera consistente han sostenido que el Estado involucrado tienen un deber en buena fe de revelar la situación a la otra parte y que la omisión en hacerlo impide al Estado para posteriormente cuestionar la invalidez de su compromiso"[39].

Este tema es claramente abordado por la Ley de Arbitraje peruana y por la Ley de Arbitraje española. Así, la Ley de Arbitraje peruana señala:

> "Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje.
> (...)
> 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes

38. RAGNWALDH, Jakob, "A State's Plea to decline Arbitration -the inapplicability of the internal law of the State", en *Revue de Droit des affaires Internationales*, 1998, Nº 1, p. 25. (traducción libre). En una línea similar Jan PAULSSON, ("May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?", en *Arbitration International*, vol. 2, Nº 2, 1986, pp. 90 y ss.) menciona un famoso fallo arbitral preliminar, en los seguidos por dos ciudadanos alemanes contra el gobierno de Bélgica, en el que se declaró sin lugar la alegación del Estado belga, en el sentido de que el pacto arbitral era nulo, porque sus normas domésticas no le autorizaban a pactar el arbitraje.
39. DELAUME, Georges R., "The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments", en *Arbitration International*, vol. 5, Nº 1, 1989, p. 26 (traducción libre).

sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral"

La Ley española, que sirvió de fuente a la peruana, tiene un texto idéntico.

Como se puede ver, no es extraño que en el marco de un arbitraje, los árbitros descarten los argumentos de la parte estatal que pretende evitar el arbitraje señalando límites o prohibiciones en la legislación interna para someter a este medio de solución de conflictos una determinada controversia. Así, sin perjuicio de la eventual responsabilidad frente a su Estado de los funcionarios que aceptaron el arbitraje, el Estado no puede contradecir sus propios actos y por tanto queda sometido a la voluntad expresada, sin perjuicio del análisis de su legitimidad a la luz de la legislación doméstica. Ello no es sino el traslado de los principios del Derecho Internacional Público que no permiten a un Estado liberarse de la fuerza vinculante de un tratado alegando problemas en su derecho interno para su exigibilidad[40].

8. ¿Y QUÉ, Y QUIÉN ES OBJETO DE ARBITRAJE EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN REGULATORIA?

El tema de este acápite es muy discutido en la doctrina. Si bien algunos sostienen que, dependiendo del marco legal (leyes y tratados aplicables) puede ser arbitrable el contenido mismo de la decisión regulatoria, e incluso puede ser dejada sin efecto, otros sostienen que la decisión limita sus efectos contractuales. Por tanto, para esta última posición, el arbitraje no es una suerte

40. El Dr. Juan José RUDA, profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú me hizo notar este aspecto en una conversación sobre el particular. En ese sentido, es interesante apreciar que se confirma lo señalado respecto a una suerte de privatización de la justicia, basada en la conjunción de principios de Derecho Internacional Público y de Derecho Comercial, incluso para temas considerados inicialmente como de Derecho Público.

de contencioso administrativo que deja sin efecto la decisión. Pero sí puede derivar la responsabilidad del Estado por haber incumplido con los términos del contrato.

El tema fue abordado por un laudo CIADI en el que fue parte el Gobierno del Perú. Así, en su decisión sobre competencia de fecha 1 de febrero de 2006, en los seguidos por *Duke Energy International Peru Investment Nº 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso Nº ARB/03/28). El caso se sustentaba en unas acotaciones tributarias efectuadas por la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT que, a criterio del inversionista, vulneraban su convenio de estabilidad tributaria, el que tenía la naturaleza de un contrato ley. Si bien la decisión administrativa objeto de discusión fue tributaria, y no regulatoria, los principios deberían ser los mismos, pues son actos de *ius imperium* que conformarían supuestamente materias no disponibles.

> "Lo que el Tribunal debe determinar no es si la decisión del Tribunal Fiscal *es correcta o incorrecta como una cuestión de Derecho Tributario peruano,* pero cuando la interpretación de la Ley en el 2004, confirmando la opinión de SUNAT de noviembre del 2001 es consistente con los derechos estabilizados para DEI Bermuda bajo su Convenio de Estabilidad Jurídica"[41].

Entonces lo que se discute no es el carácter administrativo de la decisión, sino sus consecuencias contractuales.

En realidad se está asumiendo un esquema en el que la obligación del Estado es una de garantía. El esquema puede interpretarse como uno en que, efectivamente, el Estado no renuncia a aplicar sus potestades y ejercer sus funciones de manera general. Puede cambiar la Ley y las regulaciones en los temas garantizados en el contrato. Por ejemplo puede cambiar las leyes tributarias o establecer nuevas reglas para calcular, por ejemplo, la tarifa eléctrica cuya fórmula está en un contrato. Pero con una

41. Decisión de Jurisdicción de 1º de febrero de 2006.

mano el Estado asegura que dicha actuación, más allá de su legitimidad o no, no va a afectar al inversionista.

Se parece mucho a la situación generada por un contrato de promesa del hecho o de la obligación de un tercero, solo que en el caso de un contrato ley o de un tratado que establece garantías a la inversión, el tercero es el propio Estado que nos garantiza contra sus propios actos. Ello es entendible además porque por más que el Estado es uno solo, está formado por numerosas entidades y organismos que actúan con relativa independencia unos de otros.

La promesa, que sería objeto de arbitraje, sería análoga a una expresada en los siguientes términos: "El Estado asegura al inversionista que cualquier acto de cualquier entidad que lo conforme que afecte las seguridades y garantías concedidas, obligará a reparar los daños que sufra el inversionista, al margen de la legitimidad general del acto". Por supuesto que esta frase deberá ser puesta en contexto de lo que se establezca en cada contrato, en cada tratado y en cada marco legal, para definir la extensión de la protección.

Un caso que muestra este problema es el reseñado por CANTUARIAS (al que denomina "el caso de las eléctricas"). Muestra como muchas veces la no arbitrabilidad referida a que el conflicto es uno relacionado con funciones o atribuciones de imperio del Estado suele ser desenfocada o mal comprendida[42]. Al igual al caso Duke ya citado, el tema es uno de naturaleza tributaria. Sin embargo, para efectos de la arbitrabilidad de temas de *ius imperium* el problema es análogo al de la arbitrabilidad de una decisión regulatoria.

Se trató de tres procesos arbitrales iniciados por empresas concesionarias del servicio eléctrico contra el Estado peruano[43],

42. Para mayor detalle, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 873 y ss.
43. Si bien no se publicaron los laudos arbitrales, se conoce que los casos fueron: Luz del Sur S.A.A. y el Estado peruano representado por CONITE; Edelnor S.A.A. con el Estado peruano, representando por el Ministerio de Energía y Minas; y, Edegel S.A.A. con el Estado peruano representado por CONITE.

a efectos de que los respectivos tribunales arbitrales se pronunciaran acerca de cuál debía ser el marco legal aplicable a sus respectivos Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados por el Estado peruano al amparo de los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757. La controversia giró en torno a la estabilidad del régimen de Impuesto a la Renta. La SUNAT, organismo a cargo de la administración Tributaria, intentó aplicar una interpretación que a juicio de las concesionarias acogía una modificación al régimen estabilizado. En esto, los casos en cuestión son muy similares al caso Duke antes reseñado.

Al iniciarse los arbitrajes al amparo de los convenios arbitrales contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica, se crearon Comisiones en el Congreso de la República que elaboraron informes dirigidos a cuestionar la arbitrabilidad del conflicto. Estos informes afirmaron que la vía arbitral no era la pertinente para resolver la materia controvertida, usando los típicos argumentos que se usan para cuestionar la arbitrabilidad de controversias con el Estado[44] lo que convierte los casos en un excelente ejemplo para graficar el problema y sobre todo la falta de rigurosidad con el que suele ser abordado. Nótese las similitudes con los argumentos que sirven de base a la posición de Castillo y Sabroso en el artículo ya citado[45].

Los argumentos de estas Comisiones del Congreso en contra del arbitraje, se pueden resumir así:

> «(...) conforme lo establece el artículo 1º, numeral 4, de la vigente Ley General de Arbitraje, Ley Nº 26572 (...) están exceptuados del arbitraje las materias (...) directamente concernientes a las atribuciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público (...) Además, de mane-

44. Informe sobre "Sometimiento a arbitraje del diferendo entre la SUNAT y EDELNOR y LUZ DEL SUR sobre las acotaciones por S/. 41'000,000.00 y S/. 28'000,000.00, respectivamente, por Impuesto a la Renta del ejercicio gravable de 1999 y otros, de Javier Diez Canseco y otros de 18 de octubre de 2001, dentro del marco de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 (en adelante Informe Diez Canseco); y, Comisión de Fiscalización y Contraloría, "Informe sobre cobranza tributaria a las empresas eléctricas", 2001 (en adelante "Informe Fiscalización").
45. Castillo y Sabroso, *op. cit.*

ra concordante, el mismo artículo 1º de la Ley Nº 26572 establece que las materias sometidas a arbitraje son 'las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición'» (Informe Diez Canseco, p. 3).

«(...) al momento de la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica estaba vigente el Decreto Ley Nº 25395, cuyo artículo 1º establecía expresamente que en el caso del Estado, el arbitraje sólo procedía sobre sus obligaciones 'siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual'» (Informe Diez Canseco, p. 4).

"[e]n el presente caso lo que se pretende es someter los alcances de una norma legal en materia tributaria y desviar de la competencia administrativa tributaria de la SUNAT, la decisión sobre el cumplimiento o no de una obligación tributaria" (Informe Diez Canseco, p. 4).

CANTUARIAS analiza los argumentos señalados por el Congreso de la siguiente manera:

"(...) según el análisis realizado por estas dos Comisiones del Congreso, el arbitraje no procedía, fundamentalmente, por cuanto: La materia sometida a arbitraje no era de libre disposición de las partes según lo exige el artículo 1º de la Ley General de Arbitraje; y, no se podía arbitrar acerca de las atribuciones de imperio del Estado, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo de la Ley General de Arbitraje.

Empecemos por la segunda: (...)

Los antecedentes de estos casos, indican que los arbitrajes se iniciaron debido a sendas acotaciones tributarias realizadas por la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), la cual tenía una opinión distinta a la de los agentes privados acerca de los alcances del marco estabilizado del impuesto a la renta.

Sin embargo, los procesos arbitrales no pretendían discutir acerca de la atribución o competencia de la SUNAT para

fiscalizar los tributos, sino acerca de si tal o cual disposición tributaria formaba parte o no del marco estabilizado del impuesto a la renta contenido en los Convenios de Estabilidad Jurídica pactados entre el Estado peruano y las empresas privadas.

Justamente por ello, la SUNAT no fue emplazada en los arbitrajes, sino que lo fue el Estado peruano suscriptor de los convenios.

En consecuencia, este primer argumento de las Comisiones del Congreso para pretender bloquear los arbitrajes no era válido"[46].

En efecto, debe distinguirse la existencia o no de una facultad pública con la declaración que haga el laudo sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales. Si las empresas (como ocurrió) ganaban el arbitraje, la SUNAT debía cumplir con la legislación que el laudo declarara aplicable en su calidad de entidad del Estado. Por el contrario, si el Estado ganaba, la SUNAT debía actuar en consistencia con tal decisión. Es claro que no era arbitrable qué es lo que le corresponde a la SUNAT administrar los tributos. El problema se hubiera presentado si la cláusula arbitral hubiera encargado a los árbitros convertirse en administración tributaria y sustituir a SUNAT en esa función. Pero la situación es distinta. SUNAT tiene que cumpir la Ley y la Ley establece que son los árbitros los que determinan cuál es el principio legal aplicable según el compromiso del Estado. En este caso el rol de los árbitros se limitaba a determinar si la normatividad invocada por las empresas era o no parte del compromiso contractual de estabilización del régimen tributario. Hecho ello, corresponde a la SUNAT administrar los tributos en base a tal determinación. Y si este principio es aplicable a la adminitración tributaria, no vemos por qué no sería aplicable a un organismo regulador.

46. Cantuarias Salaverry, Fernando, *op. cit.*, pp. 876 y ss.

Luego CANTUARIAS aborda el otro argumento de los informes, el que según su dicho requiere de un mayor análisis por las implicancias negativas que podría tener para el arbitraje:

> "(...) a la hora de analizar la pertinencia del arbitraje para resolver cualquier conflicto derivado de estos contratos-ley, se afirma que '...no es posible someter a arbitraje los aspectos tributarios de los contratos de estabilidad jurídica (...), ya que la Ley General de Arbitraje en su artículo 1º, sólo autoriza esta vía tratándose de "(...) controversias... sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...)'.
>
> En buen castellano, para estas Comisiones congresales, tratándose de Convenios de Estabilidad Jurídica sólo se podría someter a arbitraje cuestiones de 'libre disposición de las partes'.
>
> ¿Qué materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica puede considerarse de libre disposición de las partes? Pues simplemente ninguna, ya que un acuerdo como éste sólo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas. En efecto, sólo un Estado puede, en ejercicio de su *ius imperium*, otorgar a los inversionistas garantías y seguridades como las contenidas en estos Convenios de Estabilidad Jurídica y, por lo tanto, ninguna de sus disposiciones es de libre disposición. Sin embargo, esto no significa que no puedan ser arbitrables.
>
> En efecto, el artículo 62º de la Constitución vigente autoriza expresamente la posibilidad de que el Estado suscriba contratos-ley y que las materias allí contenidas puedan someterse al arbitraje, por lo que es ese artículo constitucional y no el 63º, el que habilita el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de estos contratos-ley.
>
> Como hemos indicado, las materias contenidas en un contrato-ley en puridad no son de libre disposición, ya que no se tratan de cuestiones que los particulares (agentes privados) pueden celebrar libremente (como es una compra-venta u otra relación jurídica típicamente privada). Sin embargo, lo que aquí sucede es que mediante los contratos-ley, el Estado renuncia a su ius imperium y acepta darle a esa relación Estado-inversionista, la calidad de un contrato privado, a efectos de posibilitar, entre otros, su acceso a la vía arbitral.

Por tanto, es totalmente equivocado el preguntarse si tal o cual tema relacionado con un Convenio de Estabilidad Jurídica es de "libre disposición de las partes" para efectos de considerar si puede ser arbitrable, ya que aquí todo el contenido de dicho Convenio que en principio sería de orden público ha sido, por decisión soberana del Estado, sometido de iure al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros"[47].

Guillermo LOHMANN se pronuncia en sentido similar:

"[s]i se aceptara que el Estado no tiene poder de libre disposición para autolimitar su facultad legislativa y sus actos de administración, con el objeto de garantizar a la contraparte una estabilidad legal determinada, estamos negando la posibilidad misma de celebrar esta clase de contratos-ley. Lo que es tanto como decir que sería inconstitucional el precepto constitucional que los autoriza"[48].

Es importante destacar que el propio CANTUARIAS señala que si bien su argumento es aplicable a la existencia de los llamados contratos-ley, el tema no es muy distinto, al menos en la legislación peruana, para los contratos de concesión:

"Cuando no estemos ante la presencia de un contrato-ley, sino, por ejemplo, de un Contrato de Concesión que no tenga esa característica, el argumento es similar, aunque las disposiciones legales difieran. En efecto, en este último supuesto la norma constitucional aplicable es el artículo 63°, que dispone el acceso al arbitraje '(...) nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley'.

La ley que regula la forma de acceder al arbitraje es efectivamente la Ley General de Arbitraje, pero son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas que no son de libre disposición a la vía arbitral. Por lo tanto, cuando existe una ley especial, no resulta de aplicación el artículo 1° de la

47. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 877 y ss.
48. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales", p. 23.

Ley General de Arbitraje, ya que es esa ley especial la que deriva al arbitraje una materia que no es de 'libre disposición de las partes', pero que el Estado ha decidido soberanamente someterla al conocimiento de los árbitros"[49].

Compartimos la opinión de CANTUARIAS sobre este particular.

En primer lugar, como ya vimos, el Artículo 62 de la Constitución Política establece que:

> "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente" (el subrayado es nuestro).

Una simple lectura del texto constitucional deja en claro que los conflictos que se generen de un contrato ley pueden ser sometidos a arbitraje, si así se ha pactado en el propio Contrato Ley.

En consecuencia, es la propia Constitución Política (disposición normativa de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico) la que habilita expresamente el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de contratos ley.

Y esto es así porque, como ya se expuso anteriormente, uno de los principales efectos de un contrato ley es someter una relación contractual en la que el Estado es parte, al derecho privado. En simple, es el propio Estado quien, en válido ejercicio de su *ius imperium*, decide renunciar a él y aceptar que los acuerdos contractuales suscritos sean de derecho privado, posibilitando así el

49. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, p. 879.

acceso a la vía arbitral. Un efecto similar se produce con la existencia de un tratado que admite la arbitrabilidad de un tema administrativo o regulatorio.

9. El concepto de arbitrabilidad de temas regulatorios en la jurisprudencia peruana

La jurisprudencia peruana, tanto arbitral como judicial, ya se ha pronunciado en reiteradas veces sobre el problema de arbitrabilidad y ha sido favorable a la posición planteada en el presente artículo.

Sin ir muy lejos, la falta de definición de los parámetros utilizados para la determinación del "Factor de Productividad" y su impacto en las tarifas de un servicio público incluido en el Contrato del Estado peruano con Telefónica del Perú parece no haber sido un obstáculo para la arbitrabilidad de las controversias surgidas alrededor del mismo[50].

Es de destacar que, a partir de lo que se conoce del referido caso, el criterio expuesto parece haber sido la interpretación en uno de los primeros arbitrajes en los que se analizó el cálculo de un factor de productividad en relación al contrato de concesión de Telefónica del Perú. Como se sabe el factor de productividad es un elemento esencial en la revisión tarifaria que efectúa el regulador sectorial OSIPTEL.

50. Como ya hemos mencionado, si bien el proceso no es público se sabe que Telefónica demandó al OSIPTEL, entre otras cosas, por haber utilizado una metodología de cálculo que no se ajustaba a los estándares internacionales que la empresa consideraba aplicables. En efecto, si bien el Contrato de Telefónica del Perú contaba con un nivel de desarrollo del procedimiento aplicable para la determinación del factor de productividad, lo cierto es que existían ciertos aspectos indeterminados que fueron establecidos por el OSIPTEL.
De hecho, es por ello que en dicho proceso Telefónica del Perú planteó no solo que se declare que la actuación del OSIPTEL constituía una violación al Contrato de Concesión, sino que incluso se solicitó al Tribunal que determine el factor de productividad en base a los criterios que, de acuerdo con su interpretación, resultaban razonables. Como se explicará más adelante, entendemos que este aspecto fue declarado improcedente por el Tribunal Arbitral, por considerar que si bien resultaba competente para determinar si la decisión del OSIPTEL implicaba una vulneración al Contrato, no resultaba competente para determinar –en sustitución del regulador– el factor de productividad aplicable.

De lo que se conoce por Telefónica del Perú (TdP) su demanda se vinculaba con:

a) el procedimiento aplicado en la determinación del factor de productividad (se habría negado a TdP acceso a información tomada en cuenta por el regulador para determinar el factor, y se le habría negado la posibilidad de formular comentarios respecto de los criterios utilizados para el cálculo del factor de productividad),
b) la información de base tomada en cuenta por el regulador para el cálculo del factor (se habría utilizado indebidamente el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil prestadas por la empresa),
c) la estimación de algunos de las variables que intervienen en la determinación del factor de productividad (se habría adoptado una metodología para calcular el costo del patrimonio de la empresa que no se ajustaría a los estándares internacionales);
d) la extensión y forma en la que debía ser aplicado el factor de productividad a las tarifas de los distintos servicios prestados por la empresa (se discutía la aplicación del factor a planes tarifarios establecidos por la empresa tarifas y no a los componentes desagregados de los mismos, las tarifas de partida a ser consideradas en la aplicación del factor);
e) el factor que correspondía aplicar en defecto del determinado por el regulador (en la demanda se postuló un factor determinado distinto al calculado por el regulador y, en su defecto, se solicitó a los árbitros que determinen uno); y
f) la forma en que debía recuperarse las pérdidas generadas por el inadecuado cálculo del factor hecho por el regulador (se solicitó se declare el derecho a reajustar las tarifas tope promedio de conformidad con el nuevo Factor).

Como se puede ver, se discutió un tema claramente regulatorio. Así, en ese caso los árbitros resolvieron que si bien el tema técnico tarifario le correspondía a OSIPTEL, y que el regulador tenía un margen de discrecionalidad que los árbitros no podían calificar, sí eran competentes para declarar la existencia de una actuación arbitraria o no razonable que alejara el cálculo de lo que las partes habían pactado en el contrato. En ese caso se declaró la arbitrabilidad de la controversia vinculada a la determinación del RPI-X.

Otro antecedente que resulta también relevante es el del arbitraje iniciado por Telefónica del Perú en contra del Estado peruano por el incumplimiento a su Contrato de Concesión, derivado de la decisión adoptada por el OSIPTEL respecto de la determinación de los cargos de terminación, decisión que a su criterio habría sido contraria a lo establecido en el referido contrato[51]. En dicho proceso el OSIPTEL planteó una excepción de falta de competencia por considerar, fundamentalmente, que:

(i) De acuerdo con la normatividad vigente OSIPTEL contaba con facultades para establecer los cargos de interconexión;
(ii) Los Contratos de Concesión no pueden modificar las facultades legalmente concedidas a OSIPTEL;
(iii) La Ley General de Arbitraje establece que no son arbitrables las materias concernientes a atribuciones o funciones del Estado, y la demanda de Telefónica se refería a actos administrativos emitidos por el OSIPTEL.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral declaró infundada la referida excepción de incompetencia por los siguientes argumentos:

(i) "(...) la interpretación literal del Convenio Arbitral lleva a considerar (a) que éste alude a cualquier tipo de contro-

51. Cabe señalar que este proceso arbitral, a diferencia del anteriormente citado, es público, toda vez que fue objeto de un proceso judicial de anulación de laudo, el cual fue finalmente declarado infundado.

versia entre las partes, sin excluir de sus alcances ninguna en particular (...) la primera conclusión a la que se llega es que, la intención de las partes al incorporar el Convenio Arbitral a los Contratos de Concesión fue someter todas sus discrepancias al fuero arbitral, independientemente de si con ello se involucraba el *ius imperium (...)*"

(ii) Si bien "se ha sostenido que de interpretarse las cláusulas con la amplitud que resulta de la interpretación literal, se trataría de un pacto *contra legem* (...) no es eso, sin embargo, lo que se discute en el presente proceso arbitral, pues ninguna de las pretensiones de Telefónica cuestiona las funciones o atribuciones regulatorias de OSIPTEL ni objeta el hecho que los mandatos tengan naturaleza de actos administrativos sujetos al Derecho Público. Lo que cuestiona Telefónica es, más bien, el efecto que dichos mandatos –sin duda expedidos como consecuencia de las funciones y atribuciones de *ius imperium* de OSIPTEL– sobre los Contratos de Concesión que ella ha celebrado con el Estado (...). En otras palabras, Telefónica no pone en cuestión la potestad regulatoria de OSIPTEL, sino la supuesta violación de los Contratos de Concesión por efecto del ejercicio de dicha función o atribución, lo que no puede ser considerado como u asunto directamente concerniente a una atribución del Estado (...)".

(iii) "(...) de interpretarse el Convenio Arbitral en el sentido que quedan excluidos aquellos actos en los cuales se encuentran involucradas potestades de *ius imperium* de OSIPTEL o del MTC, dicho convenio terminaría siendo inaplicable, pues la totalidad de su contenido concierne al interés público. En efecto, si por funciones o atribuciones de *ius* imperium se entiende la "potestad de mandato que, como tal (el Estado) ejerce siempre sobre las personas si se considera que dichas potestades de mando encuentran sustento en el interés público, que "sirve de justificación de toda actividad administrativa" (...)

> puede decirse que el contenido íntegro de los Contratos de Concesión es de interés público y se encuentra, por tanto, vinculado al *ius* imperium del Estado (...)". Asimismo, se indicó que si "OSIPTEL y el MTC se expresan normalmente –y podría decirse que casi exclusivamente- a través de actos administrativos y reglamentos que importan el ejercicio de *ius imperium* del Estado, ningún acto administrativo expedido por OSIPTEL o por el MTC vinculado a los Contratos de Concesión podría ser cuestionado por la vía del procedimiento arbitral, deviniendo nuevamente el Convenio Arbitral en un pacto existente, aunque inaplicable por falta de objeto".

Es de particular relevancia considerar que este pronunciamiento fue objeto de un posterior recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial. Uno de los fundamentos de esta solicitud fue precisamente la falta de competencia de los árbitros para conocer de la controversia, por tratarse supuestamente de una materia referida a facultades de *ius imperium* del Estado. Lo importante de este hecho es que la decisión del Tribunal Arbitral fue confirmada en el Poder Judicial, en donde se declaró infundado el recurso de anulación planteado en contra del Laudo. El argumento utilizado por la Corte Superior en su decisión fue el siguiente[52]:

> "Al haber invocado Telefónica del Perú S.A.A en el proceso arbitral que los mandatos de interconexión que tienen naturaleza de actos administrativos y constituyen funciones de ius imperium de OSIPTEL infringen los Contratos de Concesión a causa de dicha potestad regulatoria, corresponde el conocimiento de la controversia al fuero arbitral, por lo que no se ha incurrido en la causal antes referida".

Como se puede apreciar, el criterio utilizado por la Corte Superior es similar al utilizado por el Tribunal Arbitral: la materia resulta arbitrable en la medida que lo que se discute no es en

52. Resolución N° 47 expedida por la 5ª Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Expediente N° 598-2003.

sí misma la facultad legalmente concedida al regulador, sino el impacto que una decisión de éste puede tener respecto de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado frente a un inversionista. Es decir, lo que se discute es finalmente si la decisión viola o no un derecho contractualmente reconocido al inversionista, más allá de las facultades con que pueda contar el regulador para emitir la decisión.

Este criterio ha sido reconocido en un tercer arbitraje seguido por Telefónica del Perú y el Estado peruano. Si bien este arbitraje no es público, se sabe que Telefónica demandó al Estado por considerar que una norma emitida por el MTC (Resolución Ministerial) en la que se posibilitaba a cualquier particular prestar el servicio público de teléfonos monederos, implicaba una violación a su Contrato de Concesión.

En dicho caso el MTC formuló una excepción de falta de competencia por considerar que la materia no era arbitrable, ya que se refería a aspectos relacionados con la actividad normativa del Estado. Nótese que en este caso incluso la alegación resultaba siendo más fuerte, toda vez que la actuación cuestionada era una vinculada a la función normativa del Estado, quizá aquella en la que más claramente se puede apreciar una función de *ius imperium* del Estado.

De lo que se sabe, dicha excepción fue declarada infundada por el Tribunal Arbitral, por considerar que Telefónica no habría cuestionado las facultades normativas del MTC ni habría solicitado la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sino únicamente que el Tribunal se pronuncie respecto del efecto que esta norma tenía en relación a su Contrato de Concesión (incumplimiento). Esto, a criterio del Tribunal, sí era un tema arbitrable.

Es importante señalar que en dos de los casos de TdP (casos "factor RPI-X" y "cargo de terminación") los Tribunales Arbitrales derivaron que el carácter arbitrable de las controver-

sias resultaba mucho más claro para el caso de TdP debido a que su Contrato de Concesión era un Contrato - Ley, lo cual implica necesariamente: (i) una renuncia del Estado a su *ius imperium*; (ii) que el contrato en cuestión tenga carácter civil; y, (iii) que el contenido del contrato no pueda ser modificado por la actividad normativa del Estado.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que el Tribunal Arbitral que resolvió el caso del "cargo de terminación" señaló expresamente que la arbitrabilidad de la materia no se desprendía exclusivamente del hecho que nos encontrásemos ante un Contrato - Ley, sino que este hecho solo hacía que la arbitrabilidad fuera aún más clara. En efecto, el argumento principal utilizado por el Tribunal Arbitral era que en el caso no se cuestionaban las facultades regulatorias del OSIPTEL, sino el efecto que su decisión tenía sobre el Contrato de Concesión, lo cual hacía a la materia arbitrable. Adicionalmente a ello se señaló que resultaba aún más clara la arbitrabilidad por el hecho que el contrato de TdP fuera un Contrato Ley (por los motivos antes señalados), pero que aún cuando no lo hubiera sido, la materia habría seguido siendo arbitrable.

Como veremos en el numeral siguiente, en el caso de un arbitraje CIADI, es posible derivar un argumento similar al de la calificación del contrato de concesión como Contrato Ley, del hecho que siendo el CIADI un tratado internacional, contiene una renuncia o limitación al *ius imperium* o soberanía y que por tanto es arbitrable cualquier incumplimiento, incluso si involucrara aspectos que atañen a las potestades del Estado.

10. La Arbitrabilidad de Temas Regulatorios o de *ius imperium* en los Arbitrajes CIADI

El criterio recogido en la jurisprudencia arbitral nacional citada es plenamente concordante con la práctica en el arbitraje

nacional, en particular en los arbitrajes CIADI. Así, por ejemplo, recientemente en un arbitraje CIADI un Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer si una Ley emitida por el Estado Ecuatoriano implicaba el incumplimiento de un Contrato de Concesión.

En efecto, en el caso *City Oriente Limited* c. La República del Ecuador[53], la empresa demandó un incumplimiento a su Contrato de Concesión derivado de la aplicación de una Ley en virtud de la cual se le exigía un pago no contemplado en su contrato. Si bien este caso aún se encuentra en trámite, el Tribunal Arbitral, en una decisión de jurisdicción, se declaró competente para conocer la controversia, aún cuando se derivase de una función normativa del Estado (*ius imperium*). Es más, en el marco del proceso el Tribunal Arbitral incluso emitió una medida cautelar a fin de evitar que se desplieguen los efectos de la norma en cuestión respecto del Contrato de Concesión de la demandante.

Así, en su Resolución de fecha 19 de noviembre de 2007, el Tribunal Arbitral ordenó que:

> "La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador] se abstendrá de
> - Iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a City Oriente (...) y que tenga su origen o guarde relación con el Contrato de 29 de marzo de 1995, y/o con el efecto de la aplicación a dicho Contrato de la Ley Nº 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;
> - Conminar o exigir a City Oriente Limited el pago de cualesquiera cantidades, derivadas de la aplicación al Contrato de 29 de marzo de 1995 de la Ley Nº 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos (...)"

Esta decisión fue cuestionada por el Estado Ecuatoriano precisamente por considerar que los Tribunales Arbitrales carecen

53. Caso CIADI Nº ARB/06/21.

de competencia para "suspender los efectos de un acto legislativo emanado del Congreso ecuatoriano". En otras palabras, lo que el Ecuador alegó es que el Tribunal carecía de competencias para referirse a materias vinculadas con aspectos de *ius imperium* del Estado. Sobre este cuestionamiento, el Tribunal Arbitral señaló en su decisión de fecha 13 de mayo de 2008 lo siguiente:

> "Un árbitro carece de competencia para suspender el poder legislador del Ecuador o actos legislativos emanados del Congreso ecuatoriano, y el Tribunal nunca lo ha pretendido, ni menos lo ha ordenado. Como ya dejó claro en la última frase del párrafo 43 de su Decisión, "[l]a función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato". Y así ha ocurrido: lo que ha suspendido el Tribunal Arbitraje en sus Medidas Provisionales no son los actos legislativos del Ecuador, sino cualquier medida o acto conminatorio o de naturaleza coactiva de Petroecuador o de Ecuador, que tenga por resultado interferir en los derechos contractuales, incluido el derecho de la Demandante a demandar el cumplimiento del Contrato".

Como puede apreciarse, la decisión del Tribunal en este caso resulta similar a la de los Tribunales locales en los tres casos de Telefónica: la materia en cuestión es arbitrable porque no se discuten las facultades del imperio del Estado, sino los efectos que respecto del contrato pueden tener las actuaciones del Estado sobre la base de tales facultades. Debe destacarse que el criterio seguido por la jurisprudencia arbitral nacional, en nuestra opinión correctamente, encuentra un fundamento adicional cuando nos encontramos en un arbitraje internacional entre inversionista-Estado como es el caso del CIADI.

No debemos olvidar que el CIADI es un tratado internacional, suscrito entre Estados que han asumido, como consecuencia de dicha suscripción, obligaciones sujetas al ámbito del Derecho Internacional Público. Estas obligaciones, por las reglas y principios del Derecho Internacional Público, no pueden ser limitadas

por reglas o normas del orden interno de alguno de los países que suscriben el tratado[54].

Justamente el mérito del CIADI ha sido extender esta característica particular del Derecho Internacional Público a favor de los nacionales de los países que suscriben el tratado (los inversionistas), dándoles un tratamiento asimilable, para estos efectos, al de los sujetos de Derecho Internacional (tradicionalmente limitados a los Estados y los organismos internacionales). Por ello, en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional y un tratado, prima el tratado. Y en este caso el CIADI, como tratado internacional, favorece la arbitrabilidad de las controversias de este tipo, más allá de lo que diga la normatividad interna del país. De hecho son este tipo de controversias la que son la razón de ser del CIADI mismo, dando una garantía al inversionista contra los actos soberanos de los Estados que afectan los compromisos asumidos con dichos Estados con dichos inversionistas.

Así, en el supuesto negado que los laudos emitidos en el Perú sobre el particular estuvieran errados, igual existiría un argumento adicional que no afectaría la arbitrabilidad de este tipo de controversias en el CIADI.

Finalmente, es importante mencionar el caso *Duke Energy International Perú Investment N° 1 Ltd.* c. República del Perú[55], ya citado, en el que se discutió si una acotación efectuada por la SUNAT constituye o no un incumplimiento al Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito entre el Perú y la empresa demandante (definido en la cita siguiente con el término LSA, es decir, *Legal Stability Agreement).*

En este caso, el Tribunal señaló respecto de su competencia[56]:

54. Por ejemplo, un tratado de límites entre dos países hace irrelevante lo que el Congreso de uno de estos países diga sobre cuales son los límites. En ese caso prima el Tratado sobre la ley interna.
55. Caso CIADI N° ARB/03/28.

> *"The issue before the Tribunal is not a dispute about taxes but, rather, an investment dispute arising out of the imposition of taxes. Furthermore: (...)*
> - *the Tax Court did not determine, not could it determine, the tax regime that was stabilized for Claimant's investments under the DEI Bermuda LSA; (...)*
> - *for the purpose of adjudicating DEI Bermuda's claims, what the Tribunal must determine is not whether the decision of the Tax Court is right or wrong as a matter of Peruvian Tax Law, but whether that interpretation of the law in 2004, confirming SUNAT's opinion of November 2001, is consistent with the rights stabilized for DEI Bermuda under its LSA".*

Como se aprecia, en el caso en cuestión la decisión del Tribunal resulta similar: la materia es una arbitrable en la medida que lo que se discute no es la facultad en sí misma del ente administrativo en cuestión, sino el efecto que su decisión puede o no haber tenido en el Contrato. Es decir, si la decisión implicó una vulneración o no a un derecho contractualmente reconocido y, por tanto, un incumplimiento. Si uno cambia en el texto las referencias a *taxes* o *Tax law por economic regulations* verá que la conclusión del Tribunal es plenamente consistente con lo señalado en este artículo.

11. ¿Y quién decide sobre la *Arbitrabilidad de la Controversia*?

Sin embargo, más allá de la discusión conceptual sobre la arbitrabilidad, no debe dejarse de lado quién es el que decide si la controversia es o no arbitrable. Si se planteara una discrepancia respecto de la posibilidad de someter a arbitraje una controversia en relación a este tema sería definida por el propio Tribunal Arbitral que se conforme de acuerdo a las reglas establecidas.

56. Resolución de fecha 01 de febrero de 2006.

El Estado no podrá resistirse al arbitraje simplemente alegando su no arbitrabilidad. Tendrá que esperar que, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, los propios árbitros definan si se consideran o no competentes. Por tanto el análisis de la arbitrabilidad debe hacerse no desde la perspectiva de lo que los funcionarios del Estado puedan creer, sino lo que los árbitros podrían pensar. Este principio está recogido tanto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje[57] como en el artículo 41 del CIADI[58]. Y la práctica y experiencia demuestra que los tribunales arbitrales en este tipo de controversias tienden a proteger su propia jurisdicción y competencia.

Como ya hemos visto, la posición en torno a este tema pareciera inclinarse en su mayoría a aceptar la arbitrabilidad de estos temas, más aún en el ámbito de CIADI.

En efecto, la facultad del Tribunal Arbitral de pronunciarse acerca de su propia competencia está expresamente reconocida en el artículo 41° del Convenio CIADI, el mismo que estable que:

> "(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
> (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión".

En ese sentido, incluso si se pretendiera cuestionar la arbitrabilidad de la disputa surgida sobre dichas materias, la autoridad competente para pronunciarse sobre el tema sería el propio Tribunal Arbitral que se conforme, lo que brinda garantías de un

57. "Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...)".

58. "Artículo 41
(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (...)"

pronunciamiento técnico e imparcial sobre el particular. Cualquier decisión de las autoridades peruanas, incluso judiciales sobre esta materia, no sería oponible al inversionista.

Pero incluso si se cuestionara la decisión tomada por el Tribunal Arbitral en un arbitraje CIADI, esta decisión no será revisada por ninguna autoridad administrativa o judicial peruana, ni de ningún otro país del mundo. De acuerdo a la Convención (artículo 52[59]) la revisión de una decisión en la que el Tribunal Arbitral ha excedido sus facultades se ve en la anulación del laudo. Dicha decisión es adoptada por un Comité *Ad Hoc* nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones, es decir, el organismo del Banco Mundial a cargo de la aplicación del CIADI[60].

59. "Artículo 52.-
(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:
(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.
(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.
(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).
(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.
(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.
(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo".

60. El Presidente del Consejo es el Presidente del Banco Mundial.

El Comité es integrado por tres árbitros distintos a los que resolvieron la controversia y solo puede declarar la nulidad del laudo si (1) el Tribunal no ha sido constituido adecuadamente, (2) el Tribunal ha excedido manifiestamente sus poderes, (3) ha existido corrupción de uno de los miembros del Tribunal, (4) se han alejado seriamente de una regla fundamental de procedimiento, o (5) el laudo no ha establecido las razones en que se basa la decisión.

Las causales, además de taxativas, son bastante restrictivas y en la práctica determinan que es sumamente inusual que se deje sin efecto un laudo. Por tanto, en caso los árbitros se declaren competentes, es muy poco probable que el Comité *Ad Hoc* modifique tal decisión.

12. El Estado y Luis XIV

Históricamente no está muy claro si la frase "El Estado Soy Yo" fue de autoría de Luis XIV. De hecho, ni siquiera está claro que él la habría pronunciado. Algunos atribuyen la frase a sus enemigos, quienes tratando de retratar su tendencia a un poder sin límites, le endilgaban la frase al Rey para desprestigiarlo y calificarlo como despótico.

Lo cierto es que la misma frase, aplicada al Estado moderno puede dar lugar a la misma discusión. ¿Es el Estado el que se niega al arbitraje esgrimiendo que sus potestades públicas no deben quedar sometidas a ninguna revisión de naturaleza privada? O, por el contrario ¿Debe el Estado promover su propio *accountability* precisamente para atraer inversiones y autovacunarse contra el riesgo regulatorio aceptando que no hay ecuación perfecta entre funcionario y Estado? En ese segundo caso el funcionario estaría reconociendo que el valor y confiabilidad de sus decisiones significa colocarse y aceptar límites.

Creo que los últimos años muestran que nos hemos movido clara y frontalmente a favor de la segunda posición. El Estado está haciendo esfuerzos por mostrarse confiable, y por tanto ha generado marcos legales que escapen a la percepción de que "El Estado Soy Yo" para movernos hacía una visión más abierta, en la que se reconoce que se pueden cometer errores, que la visión romántica del Estado (y del funcionario) es equivocada y que lo mejor es someterse a un sistema imparcial e independiente que vigile las decisiones públicas y sus consecuencias.

Es de esperar que el inversionista, en especial el extranjero, desconfíe de las cortes nacionales del Estado con el que se vincula. Por su parte es de esperar que el Estado desconfíe de las cortes nacionales del país del inversionista. Por tanto la solución será el arbitraje.

En el Perú, como en varios países de la región (en los que además, coincidentemente los resultados económicos parecen mostrarse mejores) hemos roto el principio de que "Los funcionarios no van a repartir las lampas con las que los van a enterrar". Y es que los funcionarios han entendido que permitir la arbitrabilidad de ciertas controversias no es la muerte de lo público, sino su dinamización y reformulación hacía una administración pública más moderna y *accountable*. El *accountability* no solo nos garantiza más inversión, sino que nos asegura una mejor administración pública. Una administración en la que como decía JOHN STUART MILL el interés del funcionario sea perfectamente coincidente con su deber.

Por ello creemos que no debemos retroceder. Reconocer la importancia de rendir cuentas es un principio de auto responsabilidad que todo funcionario no solo debe aceptar, sino incluso promover.

El Estándar de Interpretación Aplicable al Consentimiento y a su Revocatoria en el Arbitraje de Inversiones

*Andrés A. Mezgravis

Sumario

1. Introducción. 2. Implicaciones prácticas. 3. Diferentes puntos de vista: 3.1 Oferta revocable; 3.2 Oferta firme; 3.3 Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado. 4. Naturaleza, sentido y alcance del consentimiento del Estado: 4.1 Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje; 4.2 La documentación del consentimiento no desvirtúa su naturaleza contractual; 4.3 ¿Falsa analogía contractual? 5. Interpretación del consentimiento: 5.1 Reglas mixtas; 5.2 Reglas contractuales. 6. La irrevocabilidad de la oferta de arbitraje como consecuencia de las expectativas legítimas creadas en los inversionistas: 6.1 La denuncia del Convenio CIADI; 6.2 La denuncia de un TBI; 6.3 La revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Es ampliamente conocido, y así lo advierte expresamente el preámbulo del Convenio CIADI,[1] que la mera ratificación,

1. Conocida también como "Convención de Washington" o "*ICSID Convention*" en inglés, la cual entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, con la ratificación de 20 Estados. Hasta el 7 de enero de 2010, 144 Estados han ratificado esta Convención.

aceptación o aprobación de este Convenio no constituye una obligación por parte de los Estados de someter diferencia alguna a conciliación o a arbitraje. El consentimiento por parte del Estado al arbitraje CIADI no es automático, sino que depende de una ulterior manifestación escrita de voluntad.[2]

El Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI establece que el consentimiento escrito de las partes no necesariamente debe constar en un mismo instrumento.[3] También aclara dicho informe que el Estado puede ofrecer su consentimiento en su legislación de promoción de inversiones y el inversionista, por su parte, puede manifestar el suyo mediante la aceptación de dicha oferta de arbitraje.[4]

A partir de la década de los años 90, y con la proliferación de más de 2.600 Tratados Bilaterales de Inversiones ("TBIs"),[5] la *oferta abierta de arbitraje* contenida en los TBIs se ha convertido en la forma más común en que los Estados manifiestan su consentimiento al arbitraje de inversiones.[6]

Hasta hace apenas unos años, la naturaleza y alcance del consentimiento *unilateral* del Estado y su eventual revocatoria sólo parecían tener una importancia académica. Sin embargo, en mayo de 2007, Bolivia se convierte en el primer Estado en la historia del Convenio CIADI que lo denuncia,[7] seguido, dos años más tarde, por Ecuador.[8]

2. Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para la jurisdicción del CIADI, el mero consentimiento no es suficiente. Se exigen también requisitos "*ratione materiae*", "*ratione personae*" e incluso "*ratione temporis*". Ibidem ¶ 25. Véase también MEZGRAVIS, Andrés, "*Las Inversiones petroleras y el arbitraje CIADI*", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 18, Caracas 2005, pp. 374 y ss.
3. Véase Informe de los Directores Ejecutivos, http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB- section05.htm#02 párrafo 24.
4. *Ibidem.*
5. Al respecto, http://www.investmenttreatynews.org/
6. PAULSSON, Jan. "Arbitration Without Privity". En: ICSID Rewiew, Vol. 10, Number 2, Fall 1995.
7. En esa misma época los Presidentes de Venezuela y Nicaragua, atendiendo el llamado que les hacía el Presidente de Bolivia como miembros del ALBA, amenazaron con retirarse del CIADI. No obstante, Venezuela sólo optó por notificar el 30 de abril de 2008 la terminación del TBI con el Reino de los Países Bajos, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de noviembre de 2008. De conformidad con el artículo 14(3) de ese TBI, su duración se extendió por 15 años para las inversiones realizadas antes de la fecha de la terminación. Cabe destacar que Venezuela ha ratificado más de 20 TBIs que contem-

A raíz de la denuncia de Bolivia, se han publicado diversas opiniones sobre la interpretación del artículo 72 de dicho Convenio, el cual regula los efectos del "consentimiento" a la jurisdicción del CIADI manifestado antes de que la denuncia del Convenio se haga efectiva.[9]

En algunos de esos trabajos se pueden apreciar importantes discrepancias en torno a la naturaleza, alcance y efectos del consentimiento unilateral del Estado.

Por otra parte, las decisiones de los Tribunales CIADI no han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento. Algunos tribunales han combinado los criterios de interpretación de los *tratados* con los criterios de interpretación de las *leyes domésticas*.

Semejante metodología mixta de interpretación pareciera omitir algo que en nuestro criterio es fundamental. Al igual que en los arbitrajes comerciales, en los arbitrajes de inversiones el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene. Es por ello que consideramos que el acuerdo de arbitraje, conforme a su propia naturaleza que no cambia porque se refiera a un arbitra-

plan el arbitraje CIADI como mecanismo de resolución de controversias, algunos de ellos ratificados por el propio Presidente Chávez. En el reciente TBI celebrado entre Venezuela y Rusia se optó por el arbitraje conforme a las reglas de UNCITRAL o conforme a las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Véase Gaceta Oficial Nº 39.191, del 2 de junio de 2009. Asimismo, MEZGRAVIS Andrés. "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En Ámbito Jurídico, julio de 2009, p. 12.

8. Ecuador notificó su denuncia el 6 de julio de 2009, la cual, de conformidad con el artículo 71 del Convenio, produjo efecto seis meses después de su recibo, es decir el 7 de enero de 2010. Cabe advertir que ya el 4 de diciembre de 2007, Ecuador, de conformidad con el artículo 25(4), había retirado su consentimiento de someter a la jurisdicción del CIADI las controversias relativas al aprovechamiento de recursos naturales, tales como petróleo, gas, minerales y otros.

9. De conformidad con el artículo 71: *"Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo.* ***La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación****". (Énfasis nuestro). Por su parte, el artículo 72 establece: "Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de las nacionales de dicho Estado nacidos del* ***consentimiento a la jurisdicción*** *del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario". (Énfasis nuestro)*

je de inversiones, debe ser interpretado según los principios internacionales de interpretación de los contratos.

2. Implicaciones prácticas

La importancia del estudio de la naturaleza y alcance del consentimiento unilateral del Estado al arbitraje de inversiones, así como su eventual revocatoria, ha ido paulatinamente adquiriendo mayor relevancia. Estados como Jamaica, Egipto, Túnez y Kazajstán modificaron o revocaron sus ofertas de arbitraje contenidas en sus leyes nacionales. A las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y de Ecuador antes mencionadas se suman las amenazas de estos mismos Estados de denunciar o revisar los TBIs celebrados.[10] De allí que surge la interrogante respecto al acceso a la jurisdicción del CIADI en los casos en que los inversionistas, si bien no habían aceptado la oferta de arbitraje para la fecha de la correspondiente reforma legal, o la fecha de la notificación de la respectiva denuncia, sí habían realizado sus inversiones con anterioridad a dichos eventos.[11]

Por otra parte, está el caso de Venezuela, que si bien no ha denunciado hasta ahora el Convenio CIADI, su Tribunal Supremo de Justicia, en una controvertida decisión de su Sala Constitucional (N° 1541) del 17 de octubre de 2008,[12] declaró

10. En efecto, el 8 de mayo de 2007, el Embajador de Bolivia para Asuntos de Comercio e Integración anunció que el siguiente paso sería revisar y renegociar cada uno de los 24 TBIs ratificados por Bolivia. http://www.rebelion.org/noticias/2007/5/50729.pdf Al parecer, 19 de los 24 TBIs reconocen al CIADI como instancia arbitral válida para resolver controversias entre el Estado Boliviano y los inversionistas. Por su parte, el Presidente Correa, de Ecuador, manifestó públicamente su voluntad de denunciar todos los TBIs, pero luego presentó una solicitud al Presidente de la Asamblea Nacional en la que sólo exhortaba la denuncia de los TBIs con Alemania, Francia, Finlandia, Suecia, Canadá, China, Inglaterra e Irlanda, Holanda, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos. http://www.kaosenlared.net/noticia/nuevo-acto-soberania-ecuador-denuncia-ciadi. Corona, César. *"The Future on international arbitration in Ecuador: the boomerang effect"*. En: Arbitration News, IBA, Vol. 15, N° 1, March 2010, pp. 171 y ss.
11. MEZGRAVIS, Andrés. "Expropiaciones, Nacionalizaciones y el Derecho Internacional". En Ámbito Jurídico, julio de 2009, p. 12.
12. Esta decisión contó con el voto salvado de uno de los magistrados. Comentarios favorables sobre el aporte de esta sentencia al arbitraje *comercial* pueden verse en Anzola, Eloy. "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado". En: Revista Española de Arbitraje. 2009.

que el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana de 1999 ("Ley de Inversiones")[13] no contenía una oferta abierta de arbitraje, pues ésta, a su juicio, debe ser clara e inequívoca.[14] Sobre el particular, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de la tesis de que el referido artículo 22 sí configura una oferta abierta de arbitraje.[15] Varios casos actualmente pendientes contra Venezuela tienen que pronunciarse sobre este asunto. Ya el Tribunal Arbitral en el caso *Mobil Corporation v. Venezuela* consideró que dicho artículo no configuraba dicha oferta, pero reconoció las enormes dificultades que han tenido los tribunales CIADI al precisar el estándar de interpretación aplicable al consentimiento del Estado contenido en una legislación nacional o en algún otro acto unilateral del Estado.[16]

13. Decreto-Ley No. 356 de fecha 3 de octubre de 1999, Gaceta Oficial Nº Ext. 5.390.
14. Similar situación ocurrió con la *República Kirguisa*, cuando *Petrobart* inició un arbitraje UNCITRAL contra su gobierno y éste tres meses después promulgó una Ley de Interpretación de las Inversiones Extranjeras y solicitó a sus cortes judiciales declarar que *Petrobart* no había realizado una inversión en dicho país. Para un resumen de este caso véase RIPINSKY, Sergey y WILLIAMS, Kevin. En: http://www.biicl.org/files/3912_2005_petrobart_v_kyrgyz_republic.pdf
15. A favor de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana contiene una oferta abierta de arbitraje: Werner L. CORRALES, Marta RIVERA, *Algunas Ideas Sobre El Nuevo Régimen De Promoción y Protección De Inversiones en Venezuela*, en La OMC Como Espacio Normativo Un Reto Para Venezuela, 2000. Cabe advertir que CORRALES fue uno de los proyectistas de la referida ley. Adicionalmente, ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela: Las características del arbitraje CIADI. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen 2, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 212. Nota 23. MEZGRAVIS, Andrés, *Las Inversiones Petroleras en Venezuela y El Arbitraje ante el CIADI*, en Arbitraje Comercial Interno e Internacional – Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas, 2005. LEMENEZ, Guillaume, *State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law*, 4 TMD, June 2007. Issue 3, en 6, 8; M.D NOLAN and F.G SOURGENS, *the Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study*, TDM, Septiembre 2007, p. 49. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, Protección de Inversiones en Venezuela, DeCITA, 2005, pp. 283-84; BREWER-CARÍAS, Allan, *Algunos Comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción*. En: Arbitraje Comercial Interno e Internacional - Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas 279, 2005; MUCI, José Antonio, El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión, 2007, pp. 213-15; TORREALBA, J. G., La Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras, 2008, p. 127. TEJERA, V. "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study. 2009, p. 101. En contra, aparte de la controvertida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela Nº 1541 del 17 de octubre de 2008, GARCÍA BOLÍVAR, Omar, en OGEMID; ANZOLA, Eloy, "Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado", En: Revista Española de Arbitraje, 2009. Igualmente WEINGER, Bernardo en conferencia del CEDCA, Caracas, 2009 http://www.cicrc.org/CIERC.
16. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 76-77 y 84.

La determinación del estándar de interpretación tiene trascendentales consecuencias. Aplicar a los acuerdos de arbitraje CIADI las reglas de interpretación contractuales podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, o de los tratados, o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.

3. DIFERENTES PUNTOS DE VISTA

Mayoritariamente la jurisprudencia del CIADI ha distinguido entre la ley aplicable al mérito de la controversia y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje para determinar la jurisdicción CIADI. Los tribunales arbitrales CIADI han reconocido en numerosos laudos que los asuntos de jurisdicción no están regulados por el artículo 42 del Convenio CIADI que establece la ley aplicable (la del Estado demandado) al mérito de la controversia, sino por el derecho internacional (artículo 25 del Convenio CIADI).[17]

También existe consenso en cuanto a que los Tribunales CIADI, de conformidad con el Artículo 41(1) del Convenio CIADI, son *"jueces de su propia competencia"* y, por tanto, cualquier interpretación soberana de cada Estado de su propio consentimiento unilateral a la jurisdicción de un tribunal internacional no es vinculante para dicho tribunal ni determinante sobre las cuestiones jurisdiccionales.[18]

17. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Op. cit., párrafo 578, pp. 248 y 249. En cuanto a decisiones, vease: *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *CMS v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 42, 88; *CMS v. Argentina*, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 68; *Azurix v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, paras. 48-50; *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 38; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras. 29-31; *Camuzzi v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 15-17, 57; *Sempra v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 25-27; *AES Corp. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, paras. 34-39; *Jan de Nul N.V., Dredging Intl. N.V. v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 65-68, para. 82; *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, paras. 68, 78, 82; *Noble Energy & Machalapower v. Ecuador*, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, paras. 56-57.

18. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID* Case No. ARB/84/3, Second Decision on Jurisdiction (14 April 1988), 3 ICSID Reports 131 (1995), at § 60 (SPP v. Egypt), *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), § 212-22. *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*

Sin embargo, diferentes teorías han surgido en torno a la naturaleza, sentido y alcance del consentimiento al arbitraje CIADI. A continuación un resumen de ellas:

3.1 Oferta revocable

El profesor Schreuer, bajo una óptica netamente contractual (*oferta-aceptación*) no le otorga mayores efectos a la "oferta" que no ha sido aceptada. Concretamente el profesor Schreuer, al referirse a la interpretación del artículo 72 del Convenio CIADI relativo a los efectos que conserva el consentimiento otorgado antes de la denuncia de dicho tratado, señala que al igual que sucede con las formación de los contratos, la irrevocabilidad del consentimiento al arbitraje sólo ocurre una vez que la oferta ha sido aceptada y el *"consentimiento"* se ha perfeccionado.[19] Conforme a esta doctrina, la oferta de arbitraje puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación y por ello se recomienda que el inversor acepte dicha oferta lo más pronto posible, incluso antes de surgir la disputa.[20]

En contra de esta tesis se ha sostenido que el uso de la analogía contractual conduce a la errónea conclusión de identificar el término "consentimiento" con el concepto de consentimiento mutuo o "acuerdo de arbitraje". En opinión de Garibaldi se trata de una "falsa analogía" porque la palabra "consentimiento" se utiliza en el Convenio CIADI tanto como "consentimiento individual" como "consentimiento mutuo" y en su criterio, cabe distinguir entre "oferta" y "aceptación", por un lado

ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para 75, la cual cita que la misma solución ha sido sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los casos *Electricity Cy of Sofia and Bulgaria* (Preliminary objections), PCIJ, Series A/B N°77 (1989); Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey) - 19 December 1978 - ICJ Reports 1978 p. 3; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) - 4 December 1998 - ICJ Report 1988 p. 432.

19. Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press 2001, p. 219, párrafo 304. A pesar de las criticas emitidas en contra de esta posición, el Prof. Schreuer, la mantiene en la nueva edición de su obra, 2009, que hace junto con Malintoppi, Loretta; Reinisch, August and Sinclair, Anthony, pp. 1279 y ss.

20. Ídem, p. 1281.

y "contrato" por el otro, porque todos estos términos son diferentes.[21]

Por nuestra parte, tal y como indicaremos más adelante, el consentimiento del Estado, puede configurar en el contexto en que se emite una *"oferta irrevocable"*.

3.2 Oferta firme

El profesor Gaillard, sin objetar la visión contractual de Schreuer, advierte sobre el sentido particular que se le debe dar a la palabra "consentimiento" contenida en el artículo 72 y afirma que, independientemente de la denuncia del Convenio CIADI, la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Centro dependerá de la terminología utilizada en "la cláusula arbitral" contenida en el respectivo TBI.[22]

Mantilla-Serrano, en la misma línea de pensamiento de Gaillard, sostiene que el artículo 72 del Convenio CIADI no se refiere a "consentimiento mutuo" sino al consentimiento unilateral, pero señala que las nociones contractuales de oferta y aceptación y el artículo 25 del Convenio no deberían entrar en juego, en virtud de que la vigencia de la Convención, luego de su denuncia, está totalmente regulada en el artículo 72.[23]

3.3 Obligación internacional derivada de un acto unilateral del Estado

Luego del artículo del Profesor GAILLARD, los autores NOLAN y SOURGENS se pronuncian en el sentido de que el consentimien-

21. GARIBALDI, Oscar, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, March 2009, Vol. 6, # 01.
22. GAILLARD, Emmanuel, *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 JUNE 2007, VOLUME 237-N° 122.
23. MANTILLA SERRANO, Fernando, La denuncia de la Convención de Washington, ¿Impide el recurso al CIADI? Revista Peruana de Arbitraje N° 6, 2008, p. 214.

to del Estado manifestado bien en un TBI o en su legislación debe ser considerado no como una simple oferta de arbitraje, ni siquiera como una *oferta firme*, sino como una "obligación internacional independiente".[24]

Similar postura había asumido en el pasado el Profesor HIRSCH, quien sostuvo que conforme con el derecho internacional público, el cual se aplica a las legislaciones internas de los Estados, el consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI puede ser equiparado a un *acto unilateral irrevocable* conforme al derecho internacional y a la doctrina del *estoppel*.[25] Esta teoría se inspira en el principio general reconocido por la Comisión de Derecho Internacional conforme al cual una declaración unilateral, generadora de obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración, no puede ser revocada arbitrariamente.[26]

En apoyo de esta tesis se invocan las referencias hechas en las decisiones en los casos *SPP v. Egipto*,[27] *Amco v. Indonesia*,[28] el voto disidente en *Siag & Vecchi v. Egipto*,[29] así como la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nuclear Test*.[30] Últimamente algunos autores han respaldado esta tesis,[31] mientras que otros la han criticado.[32]

24. NOLAN, Michael AND SOURDENS, F.G., "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", EN: TDM, Provisional Issue, September 2007.
25. HIRSCH, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 53 y 54.
26. Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58° periodo de sesiones, Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.
27. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3).*
28. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1).*
29. *Wagnih Elie George Siag and Clorinda Vecci v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/15).*
30. *Case Concerning Nuclear Test. Australia v. France, Judgment of December 20, 1974, ICJ, Rep.1974.*
31. TEJERA, Victorino. "Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate? The Venezuelan Investment Law: A Case Study". En: *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, New York, 2009, pp. 109 y ss.
32. SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws". *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Ian A. Laird and Todd J. Weiler Editors, JurisNet, LLC, New York, 2009, pp. 78-79. Este autor considera que la existencia y alcance del consentimiento al

En la reciente decisión sobre jurisdicción en el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal se inclina por la tesis del "acto unilateral del Estado", cuando el supuesto consentimiento está contenido en una legislación nacional.[33]

Desde nuestro punto de vista, la tesis del acto unilateral merita algunos comentarios adicionales ya que, como puede observarse, en el campo internacional el concepto de acto unilateral no tiene un sentido unívoco. Sólo una concepción *amplia* de los actos unilaterales comprende también aquellos actos del Estado vinculados a una prescripción convencional o consuetudinaria, como lo serían la ratificación de un tratado internacional o la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.[34] Sin embargo, estos casos que aparentan ser muy similares al de la oferta de arbitraje, presentan una importante diferencia. En los casos de ratificación de un tratado internacional, o en los casos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, es el propio Estado el que determina soberanamente el momento en que se perfecciona su carácter de miembro o parte de un tratado, o el momento y las condiciones en que queda sometido a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Mientras que en la oferta de arbitraje el perfeccionamiento del acuerdo queda condicionado a un ulterior y adicional acto que es de la entera discreción del inversionista y no del Estado.

Por más tentadora que resulta la tesis del acto unilateral, mal se puede olvidar que en *stricto sensu*, los actos que se inscriben en un proceso jurídico bilateral o multilateral y tienen por

arbitraje de inversión contenido en una ley de inversiones sólo puede ser determinado de conformidad con las normas domésticas y considera una falacia darle un tratamiento de obligación internacional a una ley. Véase igualmente "*Do Municipal Investment Laws Always Constitute a Unilateral Offer to Arbitrate?* Ídem, p. 125.

33. Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), paras. 83-85.

34. Véase artículo 36 del Estatuto de la CIdJ: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php

finalidad última dar nacimiento a un acto que no es unilateral, están más cerca de la naturaleza *convencional*, puesto que su función esencial desborda el marco unilateral en que nacen,[35] es decir, trascienden del plano puramente unilateral al marco convencional. Por esta razón el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encargado de regular el sentido y alcance en el Derecho Internacional de los Actos Unilaterales de los Estados, optó por excluir este tipo de actos de la referida regulación.[36]

4. Naturaleza, sentido y alcance del consentimiento del Estado

4.1 Autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje:

Hasta ahora en los arbitrajes de inversión, poca importancia se le ha dado al principio de autonomía e independencia del acuerdo de arbitraje reconocido universalmente en los arbitra-

35. En este sentido, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cita como ejemplos de actos unilaterales que se podrían ubicar dentro de la esfera convencional, y por tanto excluidos del estudio en cuestión, los siguientes: a) **los actos vinculados al derecho de los tratados**, b) aquellos relacionados con la formación de la costumbre; c) los actos que constituyen el ejercicio de un poder acordado por una disposición de un tratado o por una regla de derecho consuetudinario; d) los actos de alcance interno que no tienen efectos en el ámbito internacional; e) **los que forman parte de una relación convencional, como la oferta y la aceptación**; f) **los relativos a la aceptación de la jurisdicción** obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, según lo establecido en el Artículo 36 de su Estatuto; g) los de origen convencional pero que resultan formalmente unilaterales en relación con terceros Estados; h) los formulados en relación con un proceso ante un órgano jurisdiccional internacional y aquellos que pueden permitir a un Estado invocar el estoppel en un proceso (NACIONES UNIDAS: A/CN.4/486, *Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado*, p. 19. La versión en castellano se encuentra disponible en http://untreaty.un.org/ilc/sessions/50/50docs.htm.
Véase también Bonilla García, David. *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2005.

36. Así se decidió en el 57º período de sesiones. Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_9.htm#_ftnref27. Asimismo, Suplemento Nº 10 (A/60/10), párrafo 293, que puede ser consultado en inglés en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/521/69/PDF/N0552169.pdf?OpenElement. Asimismo, Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párrafo 4.) http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_9.htm

jes comerciales. Por más diferencias que existan entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión, ambos tipos de arbitraje parten de un mismo requisito: la existencia de un acuerdo de arbitraje. Por ende, no encontramos razón alguna para excluir en el arbitraje de inversiones el principio de independencia del acuerdo de arbitraje. Por el contrario, consideramos que el principio de autonomía e independencia debe ser aplicado no sólo cuando exista un contrato (de inversiones) que contenga la cláusula arbitral, sino también frente al tratado o la ley que contiene el consentimiento del Estado.

Ciertamente el Convenio CIADI utiliza el término consentimiento no sólo en sentido unilateral sino también en el sentido de "acuerdo de voluntades". Ello no configura mayor novedad, pues es bien conocido que para la época de la Convención (1965) todavía no se había elaborado la Ley Modelo UNCITRAL que acuñó la expresión "acuerdo de arbitraje". Desde que entró en vigencia en 1966 el Convenio CIADI, es mucho el camino que se ha avanzado para superar las dificultades que en su época generaban los conceptos de *cláusula compromisoria* y formalización del *compromiso arbitral*. El Convenio CIADI sabiamente en su momento se apartó de esos términos y se limitó a hacer uso del vocablo "consentimiento", tanto en sentido mutuo como en sentido individual.

Ahora bien, el hecho de que existan disposiciones del Convenio CIADI que se refieran al consentimiento individual no altera la naturaleza contractual del acuerdo arbitral. Como bien señala el Profesor Schreuer: *"Como cualquier otra forma de arbitraje, el arbitraje de inversión siempre está basado en un acuerdo."*[37] *..."Una disposición legal que contiene el consentimiento al arbitraje es simplemente una oferta del Estado a los inversionistas. Para perfeccionar el acuerdo de arbitraje la oferta debe ser aceptada por el inversionista"*.[38]

37. SCHREUER, Christoph H. "Consent to arbitration". En: TDM Volume 2, issue # 05 - November 2005, y actualizado en febrero de 2007, p. 1. Traducción libre del inglés.
38. Ídem, p. 5.

La generalidad de los autores que han estudiado la naturaleza jurídica del *arbitraje*, incluso aquéllos que se han inclinado por la tesis jurisdiccional, admite que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza contractual. En realidad la naturaleza contractual de la *cláusula arbitral* nunca ha sido un tema polémico.[39] Lo que por largas décadas ha generado grandes discusiones en la doctrina, sin que hasta la fecha haya consenso, es lo relativo a la naturaleza del propio proceso de *arbitraje*.[40]

En conexión con lo anterior, cabe agregar que el principio de *independencia y autonomía* del acuerdo de arbitraje ha sido reconocido universalmente por todas las legislaciones modernas que siguenla Ley Modelo UNCITRAL.[41]

Consideramos que así como el acuerdo de arbitraje es autónomo del contrato principal que puede estar contenido en el mismo documento, también es autónomo el consentimiento al arbitraje contenido en un tratado o en una ley. Conforme a este principio, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un TBI por parte de los tribunales domésticos no afectaría en principio la oferta de arbitraje contenida en dichos instrumentos.

39. Silva Romero, Eduardo. El Contrato de Arbitraje. Legis. Colombia, 2005.

40. En la actualidad todavía subsisten las mismas tres tesis discutidas en el pasado: la posición contractualista, la posición jurisdiccional y por último, la ecléctica o autónoma. Por nuestra parte, hemos sostenido que la postura (contractual o jurisdiccional) que se adopte frente a la antigua polémica de la naturaleza del arbitraje está estrechamente vinculada con el criterio que se tenga respecto a si la "coacción" es o no un elemento constitutivo del concepto de "*jurisdicción*". Cfr. Mezgravis, Andrés; El amparo constitucional y el arbitraje. Revista de Derecho Administrativo Nº 6, Edit. Sherwood, Caracas, 1999, p. 259. Para un análisis de las diferentes teorías y sus exponentes véase Roca Martínez, José María: Arbitraje e Instituciones Arbitrales. Editor, S.A. J.M. Bosch. Barcelona, 1992, pp. 37-40. Igualmente Offetit, Bruno; Teoría del arbitraje, traducción dirigida por Eduardo Silva Romero. Legis. Colombia 2006, pp. 162 y ss.

41. Art. 16 de la Ley Modelo y 21 numeral 2º del Reglamento. Igualmente lo consagran, entre otras muchas legislaciones, la de Suiza, Alemania, Italia, Holanda, España, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Venezuela. El principio de autonomía es un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que señala que en un mismo documento pueden coexistir dos contratos, el principal y el de arbitraje. Ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia estadounidense y francesa. Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "Autonomía del Contrato de Arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*, Eduardo Silva Romero, Director Académico y Fabricio Mantilla Espinosa. Legis. Colombia, 2005, pp. 81 y ss, quien reconoce que la autonomía es un principio de derecho comercial internacional.
Asimismo, para un análisis de la autonomía del acuerdo de arbitraje en relación con una ley estatal, véase Larroumet, Christian. "*A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en material internacional y de su autonomía*". En: *El Contrato de Arbitraje*. Ob. cit., pp. 13 y ss.

Como bien apunta SILVA ROMERO, *"si el pacto arbitral no fuera autónomo, el estudio independiente de un contrato de arbitraje no tendría, en materia jurídica, ningún sentido"*.[42]

4.2 La documentación del consentimiento

Actualmente, la vasta mayoría de los arbitrajes de inversión está basada no en una cláusula arbitral ordinaria inserta en un contrato de inversiones suscrito directamente entre el Estado y el inversor, sino en el consentimiento otorgado de manera indirecta y muchas veces sin el contacto directo de las partes antes del inicio del proceso arbitral. Pero aun en estos casos el resultado final es también un acuerdo de arbitraje.[43]

La documentación del consentimiento, aunque importante para determinar la verdadera *intención* de las partes, no modifica su naturaleza contractual ni su independencia y, por tanto, tampoco debería modificar las reglas de interpretación contractual aplicables. La documentación del acto mal puede desplazar a un segundo plano la declaración de voluntad que precisamente se quiere interpretar. Por tanto, no luce acertado sostener que cuando el consentimiento está contenido en un tratado resultan aplicables los principios de interpretación de los tratados.

Resulta interesante destacar que cuando la doctrina se refiere al consentimiento del Estado expresado en un TBI lo califica como un consentimiento *"unilateral"*, contenido en un *"tratado"* y por tanto se afirma que pareciera obvia la aplicación de las reglas de interpretación de éstos.[44] Sin embargo, esta calificación

42. SILVA ROMERO, Eduardo. "La Formación del Contrato de Arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*. Eduardo Silva Romero, Director Académico y Fabricio Mantilla Espinosa. Legis. Colombia, 2005, p. 77.
43. SCHREUER, with MALINTOPPI ; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 378, p. 191.
44. SCHREUER, with MALINTOPPI; REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 579, p. 249. Véase también *Fedax v. Venezuela*, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de Julio de 1997, párrafo 20. Igualmente *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 83.

merece ciertas precisiones para evitar confusiones. En efecto, por definición un TBI es un "Tratado bilateral", o sea, es producto del consentimiento de dos Estados. Cada uno de esos Estados ofrece a los nacionales del otro su consentimiento al arbitraje internacional. De manera que cuando se le califica de consentimiento *unilateral o individual* no es porque ese tratado contenga únicamente el consentimiento de un Estado. Es obvio que dicho tratado bilateral contiene el consentimiento de ambos Estados parte. De allí que se le califica de "unilateral," no porque aún esté pendiente el consentimiento de uno de los Estados, sino porque aún está pendiente el consentimiento del beneficiario de la oferta, es decir, la voluntad del inversionista nacional del otro Estado parte del tratado. Mientras está pendiente esa aceptación resulta apropiado y preciso hablar de "consentimiento unilateral del Estado", pero cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI, es de suponer que el inversor, con el inicio de dicho proceso arbitral, aceptó la oferta de arbitraje y, al menos *prima facie*, se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos.[45] Dicho de otra forma, si la disputa ha sido registrada y sometida a un Tribunal CIADI es porque se está aceptando *prima facie* que existe no un consentimiento (el del Estado), sino dos: el del Estado y el del inversor. El acuerdo de arbitraje, aunque se ha formado de manera progresiva, contiene ambas declaraciones de voluntad. Los Tribunales CIADI sólo pueden interpretar las ofertas unilaterales de los Estados cuando han sido previamente aceptadas por los inversionistas.

45. Generalmente el inversor manifiesta su aceptación a través de una carta (trigger letter) que envía al gobierno en cuestión antes de presentar la solicitud de arbitraje. No obstante, se admite de manera pacífica que la manifestación del consentimiento del inversionista o aceptación de la oferta abierta de arbitraje se realice en la propia solicitud de arbitraje. Al respecto, véase Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2), ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p. 187. Asimismo, ESCOBAR, Alejandro A. "*Los sistemas de arbitraje del CIADI*", La solución de Controversias en el Hemisferio, Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 291. A. R. PARRA, Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 12 (1997) p. 287. SCHREUER, Ob. cit., p. 206 y ss. REED, Lucy, PAULSSON, Jan and BLACKABY, Nigel. EN. *Guide to ICSID Arbitration*, p. 38, y MEZGRAVIS; "Las inversiones petroleras…". Ob. cit., pp. 395 y ss.

Por tanto, no pareciera correcto afirmar que el acuerdo arbitral Estado-inversor que deriva de un TBI tiene que ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los tratados. No creemos que el acuerdo de arbitraje en cuestión tenga naturaleza de *tratado internacional*, puesto que el Estado no celebra dicho acuerdo de arbitraje con otro Estado, sino con el inversor del otro Estado contratante del tratado. Y aún en el caso de los acuerdos de arbitraje entre Estados para resolver las disputas derivadas de la interpretación o aplicación del respectivo tratado del que son partes contratantes resulta cuestionable no distinguir la independencia, autonomía y naturaleza contractual de dicho acuerdo de arbitraje del tratado que lo contiene parcialmente.

Poca relevancia se le ha dado a la esencial diferencia que existe entre la autonomía consensual en la esfera del contrato de arbitraje Estado-inversionista, de un lado, y la autonomía colectiva (Estado-Estado) manifestada en los tratados que celebran o a los que posteriormente se adhieren los Estados. El acuerdo de arbitraje es, como todo contrato, fuente de obligaciones,[46] mientras que los tratados son fuente de normas jurídicas internacionales.[47] El acuerdo de arbitraje genera obligaciones entre las partes que lo suscriben, o sea, entre el Estado por un lado y el inversionista por el otro. Por su parte, la norma que establece que un Estado ofrece arbitraje internacional a los inversionistas del otro Estado genera obligaciones internacionales paritarias entre los Estados miembros del respectivo tratado. Como puede observarse, se trata de dos fuentes distintas de obligaciones: la del tratado, generadora de obligaciones Estado-Estado, y la del acuerdo de arbitraje, que genera obligaciones Estado-inversionista.[48]

46. Entre las que destacan una "obligación de hacer": someter la controversia al arbitraje, y una "obligación de no hacer": no someter la controversia a los tribunales estatales.
47. Berti, Ob. cit., p. 391.
48. Tan distintas son las obligaciones Estado-Inversionista y Estado-Estado que la generalidad de los TBIs contiene cláusulas de resolución de disputas entre los propios Estados. A diferencia del acuerdo de arbitraje que, como hemos indicado tiene naturaleza contractual, el tratado internacional, en cambio, presenta una estructura híbrida con su doble momento convencional y normativo. Es por ello que frente al tratado surge la exigencia de un doble tratamiento interpretativo que responde tanto al proceso genético del tratado como negocio consensual, como a su función y eficacia de norma

Lo mismo podría decirse de la oferta contenida en la legislación. La voluntad del inversor no interviene en el proceso formativo del acto legislativo conformado por la oferta de arbitraje del Estado. Claro que el asunto se torna más complejo cuando el Estado precisamente sostiene que la manifestación ambigua o contradictoria contenida en una ley doméstica no constituye su consentimiento al arbitraje, y por ende mal puede ser interpretado como si se hubiese perfeccionado un contrato de arbitraje. No obstante, si la disputa ya ha sido registrada ante el CIADI es de suponer que, al menos *prima facie*, se está en presencia, no ya de una declaración unilateral ambigua, sino de un posible acuerdo de arbitraje que contiene tanto el consentimiento del Estado como del inversor. De allí que el perfeccionamiento o no de dicho contrato de arbitraje, al igual que la existencia o no de cualquier contrato internacional, debe ser determinado conforme a los principios internacionales de interpretación contractual.

Lo cierto es que, tanto en los casos de los TBIs como en los casos de las legislaciones nacionales, el acuerdo de voluntades se perfecciona a través de la aceptación de la oferta que hace el inversor y dicho acuerdo, si bien tiene efectos internacionales, no puede ser calificado ni de tratado ni de ley por ser un acto esencialmente convencional, autónomo e independiente de los documentos que los contienen.

Cabe advertir que en estos casos el *tratado* y *la ley* no son más que la *documentación* parcial del acuerdo de arbitraje. Por documentación se entiende la operación de plasmar o recoger corporalmente en un papel, cinta magnetofónica, etc., las declaraciones de voluntad que forman la esencia del acuerdo.[49] Conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, el único requisito exigido es que el acuerdo de voluntades conste por escrito en un documento o conjunto de documentos. En modo alguno se exige que

jurídica reguladora de las relaciones internacionales. "*Bajo el aspecto del proceso genético del tratado como negocio consensual aparece justificada la remisión analógica a los criterios que rigen la interpretación de los contratos*". Betti, Ob. cit., pp. 391 y 392.

49. Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato. Editorial Civitas, Quinta Edic. Madrid, 1996, pp. 254 y ss.

conste en un tratado o en una ley. De manera que, así como el acuerdo de arbitraje es autónomo e independiente del resto de las cláusulas que conforman el contrato principal, también lo es del tratado y de la ley en que se puede encontrar estipulado parcialmente.

Tampoco altera la naturaleza de contrato de arbitraje el hecho de que uno de esos consentimientos presente ambigüedad y el otro sea manifiestamente claro.[50] Ambos deben ser interpretados bajo un mismo y único contexto: el acuerdo de arbitraje.

Nos luce un tanto anárquico determinar las reglas de interpretación de cada uno de esos actos por separado en función de los documentos públicos o privados que los contienen (tratado, ley, carta de aceptación, inicio del proceso como manifestación tácita de aceptación, revocatoria, etc.). Ello supone diseccionar el acuerdo de arbitraje y aplicar unas reglas de interpretación distintas para cada uno de los consentimientos, como si ambos no fuesen parte de un mismo contexto. Así, por ejemplo, si es un TBI el que contiene el consentimiento "unilateral" del Estado, entonces tendrían que aplicarse las normas de interpretación de los tratados, fundamentalmente contenidos en la Convención de Viena, pero esas mismas reglas no podrían ser aplicadas a la manifestación tácita de aceptación de la oferta por parte del inversor que inicia el arbitraje.[51]

En definitiva, consideramos que los dos consentimientos (del Estado y del inversor) forman parte de un mismo acuerdo y éste en todo su contexto, y no los actos individuales por separado, es el que debe ser objeto de una sola interpretación, puesto que lo fundamental no es la naturaleza del instrumento que

50. Del mismo modo que sería absurdo interpretar aisladamente la cláusula ambigua del resto de las cláusulas de un contrato.

51. Para una distinción entre las reglas de interpretación de los tratados y las leyes, véase BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos. Madrid 1975, p. 389 y ss. Igualmente SUAREZ ANZORENA, Ob. cit., pp. 73-74.

contiene la oferta o la aceptación. Lo fundamental, como en todo contrato, son los términos y condiciones de cada una de esas manifestaciones de voluntad.

4.3 ¿Falsa analogía contractual?

Es cierto que el acuerdo de arbitraje (consentimiento mutuo) que se ha perfeccionado con el consenso de voluntades mal puede ser confundido con el consentimiento unilateral o individual que todavía aguarda por la respuesta afirmativa del inversor. No obstante, esta distinción en nada altera que cuando se está en presencia de un arbitraje de inversiones, el consentimiento del Estado sea interpretado conforme a los principios contractuales internacionales.

En realidad la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje CIADI no implica la confusión de los conceptos de "contrato de arbitraje", "oferta de arbitraje" y "obligación independiente". Tanto en el campo contractual como en el arbitral, esos conceptos están claramente diferenciados. Un contrato perfeccionado (acuerdo de arbitraje) no puede ser revocado unilateralmente. Una oferta (de arbitraje) no aceptada es revocable, en principio, en cualquier momento antes de su aceptación, pero puede, dependiendo del contexto en que se ha generado (TBIs o leyes de promoción y protección de inversiones), o dependiendo de la confianza o expectativas creadas, configurar para su autor, en este caso el Estado, una obligación internacional irrevocable.[52]

Es nuestra opinión que el Profesor Schreuer no incurre en una "falsa analogía", como algunos sostienen, pues el consentimiento individual del Estado, junto al consentimiento del inversor, están destinados a formar un acuerdo de arbitraje, es

52. Nolan y Sourgens, Ob. cit., son los primeros en defender en este contexto la noción de obligación internacional independiente, pero apartándose de la aplicación de los principios contractuales.

decir, un verdadero contrato. Se trata, por tanto, no de una aplicación analógica sino directa de los criterios que rigen la interpretación contractual en el ámbito internacional.[53]

Otra, en nuestro criterio, es la crítica que puede ser hecha al comentario del Profesor Schreuer, pero esa crítica más bien fortalece la aplicación de principios contractuales en la interpretación del acuerdo de arbitraje en materia de inversiones. En efecto, bajo los principios contractuales internacionales, la oferta que no ha sido aceptada puede ser *irrevocable* en ciertos casos. El caso más obvio es cuando la propia oferta indica un plazo fijo para la aceptación de ésta, o sea, cuando establece expresamente que por cierto tiempo es irrevocable. Otras situaciones, un tanto más complejas y que escapan del análisis realizado por el Profesor Schreuer, serían aquéllas en las que se discute *"si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta"*.[54] La irrevocabilidad de la oferta ha sido contemplada en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también conocida como la Convención de Viena sobre compraventa internacional,[55] así como en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.[56] Igualmente, tanto legislaciones del *Civil Law* como del *Common Law* contemplan estos mis-

53. Garibaldi pareciera tener una opinión contraria a ésta. Garibaldi, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the limits of the Contract analogy*. TDM, Marzo 2009, Vol. 6, # 01.

54. El argumento relativo a que el inversionista pueda aceptar la oferta de arbitraje en cualquier momento, incluso antes de surgir la disputa, no nos luce convincente para sostener la revocabilidad de la oferta. (Vid Schreuer, with Malintoppi ; Reinisch and Sinclair, ob. cit., p. 1281, para 7.) Al igual que ocurre en el campo comercial, lo que hace irrevocable a una oferta no es la imposibilidad de aceptarla, sino las expectativas legítimas y confianza suscitadas por la oferta. Difícilmente podría uno Estado sostener que una ley de "promoción" y "protección" de inversiones que contiene dicha oferta no tiene por fin generar dichas expectativas y confianza en los inversionistas.

55. *"Artículo 16: 1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocatoria llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta".*

56. *"Artículo 17. Oferta irrevocable: 1. Una oferta es irrevocable cuando su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme durante cierto lapso, o si, sobre la base de las relaciones precedentes de las partes, las tratativas, el contenido de las cláusulas o la costumbre, razonablemente se le puede reputar tal. …"*

mos principios.[57] De manera que podríamos estar en presencia de principios generales de derecho internacional en materia de contratos. Cabe advertir que esos principios no escapan al campo arbitral, como algunos piensan. Es razonable suponer que la *oferta unilateral de arbitraje* contenida en un TBI que tiene una vigencia de 10 o 15 años no puede ser revocada durante dicho tiempo.[58] También es razonable suponer que un Estado que promulga una ley de inversiones para promocionar y captar inversiones, y con tal fin ofrece a los inversionistas extranjeros arbitraje internacional, mal puede revocar dicha oferta de arbitraje una vez que ha captado las referidas inversiones.

Por tanto, negar que el consentimiento unilateral del Estado configure una oferta de arbitraje, negar que cuando se produce la aceptación de la oferta se produce un acuerdo de arbitraje, o negar que el acuerdo de arbitraje configura un verdadero contrato, nos luce infundado, como también lo es negar toda posibilidad de revocatoria de la oferta de arbitraje que aún no ha sido aceptada. En este sentido, se debe distinguir que una cosa es determinar las obligaciones internacionales generadas por la oferta de arbitraje entre los Estados miembros del tratado que la contiene; otra es la eficacia de su eventual revocatoria antes de su aceptación por parte del inversionista, y otra muy distinta es

57. En este mismo sentido se pronuncian los más reconocidos tratadistas del derecho contractual norteamericano quienes establecen que *una oferta firme solamente necesita constar por escrito, y en virtud de sus términos garantiza que se mantendrá abierta a su aceptación. Por tanto es irrevocable por el tiempo establecido en ella, o si no tiene un tiempo estipulado, por un tiempo razonable.* FARNSWORTH, Alan. The Law of Contracts, (1999), p. 183. Según M.D NOLAN Y F.G. SOURGENS, "The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", en: TDM (September 2007), este tratamiento es el que contempla el United States Uniform Commercial Code. En este mismo sentido y en cuanto al derecho español véase DIEZ-PICAZO, Ob. cit., p. 298.
Por otra parte, aunque Venezuela todavía no ha ratificado la referida Convención, el artículo 1.137 del Código Civil venezolano establece una disposición similar: "si el autor de la oferta [El Estado] se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo [establecido en el BIT], o si esta obligación [arbitraje] resulta de la naturaleza del negocio [foro neutral promovido para captar las inversiones] la revocación antes de la expiración del plazo [previsto en el TBI o antes del plazo inherente a la inversión realizada] no es obstáculo para la formación del contrato" [de arbitraje]. (Entre paréntesis nuestro).

58. Ello únicamente sería posible si ambos Estados parte del TBI acuerdan modificar su texto y aun así, y por las razones que explicaremos más adelante, consideramos que dicha revocatoria sólo podría ser legítima para los inversionistas que todavía no han realizado sus inversiones, pues para aquellos que las hubiesen realizado conforme a las expectativas legítimas generadas por el respectivo tratado, sería arbitraria a la luz de los principios del derecho internacional.

interpretar y analizar la verdadera existencia o formación del acuerdo de arbitraje cuando se ha registrado un caso ante el CIADI.

5. Estándar de interpretación del consentimiento

A pesar de que resulta reiterada la aplicación preponderante del derecho internacional a asuntos de jurisdicción, pensamos que aún no existe consenso en cuanto a las reglas de interpretación aplicables a los actos que forman el consentimiento. Algunos Tribunales CIADI no han sentido la necesidad de fijar expresamente una posición y los tribunales que lo han hecho, no parecieran tener una solución clara y uniforme.

De manera general se admite que el Estado manifiesta su consentimiento al arbitraje CIADI de tres formas distintas, a saber:

i) Con la suscripción de un contrato de inversiones entre un ente gubernamental (administración nacional, estadal o municipal, centralizada o descentralizada) y un inversionista, en el cual se incluye una cláusula de arbitraje CIADI;
ii) Mediante un tratado bilateral o multilateral relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones en el que se hace una oferta abierta de arbitraje CIADI y;
iii) Mediante la oferta abierta de arbitraje CIADI que se hace a través de una ley nacional, generalmente de promoción y protección de inversiones.[59]

Los diferentes tipos de manifestaciones del consentimiento del Estado han generado cierta confusión en cuanto a las *reglas de interpretación* aplicables. Pareciera que la práctica arbitral

59. Una cuarta forma podría ser la oferta de arbitraje que conste en una carta de algún ente gubernamental debidamente autorizado por el respectivo Estado (Art. 25 (3)). Sin embargo, por ser esta modalidad bastante extraña en la práctica, no la incluimos en la clasificación antes indicada.

CIADI varía el énfasis que hace en el derecho internacional dependiendo de si el consentimiento del Estado ha sido expresado en un "*tratado*", en una "*ley*" o en un "*contrato*" de inversiones.[60] Aun cuando pareciera existir cierto consenso en cuanto a que el estándar de interpretación en estos tres escenarios siempre está dentro del marco del artículo 25 y no del artículo 42 del Convenio CIADI, lo cierto es que la poca relevancia que se le ha dado al hecho de que siempre esas tres vías desembocan indistintamente en un acuerdo de arbitraje ha generado una metodología mixta de interpretación.

5.1 Reglas de interpretación mixtas

La doctrina y hasta ciertos laudos han señalado que cuando el consentimiento está basado en un TBI pareciera obvia la aplicación del derecho internacional y los principios de interpretación de los *tratados*.[61] Cuando se está en presencia de una ley de inversiones cuya oferta de arbitraje es algo ambigua, ha resultado atractiva para algunos tribunales CIADI la idea de aplicar los principios de interpretación de las *leyes* conforme al derecho doméstico aplicable al fondo de la controversia.[62] Esta tesis también ha encontrado apoyo en algunos autores.[63] No obstante, se advierte que semejante interpretación sólo es válida si dichas leyes no contradicen los principios del derecho internacional.[64]

En el caso *SPP v. Egipto* la jurisdicción se fundamentó en la ley egipcia. El Tribunal rechazó el argumento de Egipto de que el consentimiento debía ser interpretado conforme a los principios de las *leyes egipcias*, así como también el argumento del

60. SCHREUER, with MALINTOPPI, REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., párrafo 585, pp. 250 y 251.
61. Véase supra Nota 48.
62. *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (ICSID Case No. ARB/00/1), paras. 339-340.*
63. SUAREZ ANZORENA sostiene que la existencia del consentimiento del Estado contenido en una ley debe ser interpretada conforme a los principios de interpretación de las leyes del correspondiente Estado y una vez determinada la existencia de dicho consentimiento es que tendrían un rol otros principios como el de la buena fe, estoppel y reglas internacionales. Ob. cit., p. 79.
64. *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports 330, para. 35. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26), para. 263.*

inversionista de que el acuerdo de arbitraje debía ser interpretado conforme a las reglas de interpretación de los tratados.[65] El Tribunal concluyó que aplicaría los principios generales de interpretación de las *leyes* tomando en consideración, cuando resultare apropiado, los principios esenciales de interpretación de los *tratados* y los principios del derecho internacional aplicables a la declaración de *actos unilaterales*.[66]

En el caso *Mobil v. Venezuela* el Tribunal hace un resumen muy preciso de las distintas posiciones adoptadas hasta ahora por los Tribunales CIADI:

(i) En al menos cuatro casos, el asunto no fue resuelto claramente.
(ii) En *SPP v. Egipto*, el Tribunal decidió aplicar "principios generales de interpretación de la ley" tomando en cuenta tanto "las normas pertinentes de interpretación de los tratados como los principios del derecho internacional aplicable a las declaraciones unilaterales".
(iii) En *CSOB v. República Eslovaca*, el Tribunal optó por el derecho internacional sin ninguna reserva.
(iv) En *Zhinvali v. Georgia*, el Tribunal optó por el derecho interno, "con sujeción en última instancia al derecho internacional".[67]

Cabe agregar que en el caso *Mobil v. Venezuela*, el Tribunal asume que cuando el consentimiento del Estado está contenido en una ley nacional, se está en presencia de un *acto unilateral* cuya interpretación se rige por el derecho internacional, pero en la cual también se debe tener en cuenta el derecho doméstico para determinar la intención del Estado. También añade que aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no resulta aplicable a la interpretación de los actos uni-

65. *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction II, April 14, 1988, paras. 55-60.
66. *Ibidem*, párrafo 61.
67. Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction (June 10, 2010), para. 82.

laterales, las disposiciones de dicha Convención podrían ser aplicables de manera analógica.[68]

Esa singular metodología conduce a la mezcla de principios de interpretación de los tratados con el de las leyes y con los actos unilaterales, aún cuando también se reconoce que *"el consentimiento perfeccionado ni es un tratado ni tampoco es un simple contrato bajo el derecho doméstico, pero sí un acuerdo entre el Estado y el inversor basado en un tratado"*.[69]

5.2 Reglas contractuales internacionales:

Como bien se estableció en el caso *Amco v. Indonesia*:

> *"Como en cualquier otra convención, el convenio de arbitraje no debe ser interpretado de manera restrictiva, ni tampoco de hecho de manera extensiva o liberal. Debe ser interpretado de una manera que permita descubrir y respetar la intención común de las partes: este método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental pacta sunt servanda, en efecto, un principio común a todos los sistemas de derecho interno e internacional.*
>
> *Más aún, –y esto nuevamente es un principio general de derecho– cualquier convención, incluyendo los convenios de arbitraje, deben ser interpretados conforme a la buena fe, esto es, tomando en cuenta las consecuencias de los compromisos de las partes que podían considerarse razonable y legítimamente previsibles"*.[70]

Numerosos laudos han aplicado los principios de interpretación contractual basados en la *buena fe* a los acuerdos de arbitraje en materia de inversiones.[71]

68. Ídem para. 96.
69. Ídem, párrafo 579, p. 249. Traducción libre.
70. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)*, para. 14. Traducción libre del inglés.
71. Entre otras, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal (ICSID Case No. ARB/82/1)*, paras 4.08 y ss. Al respecto véase SCHREUER, with MALINTOPPI, REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., para 587-589, pp. 251 y 252, especialmente nota 802.

Pero hasta ahora nada se ha dicho, por ejemplo, de la aplicación del principio ***favor negotti*** (pro arbitraje) correspondiente al mantenimiento de la eficacia y validez de los actos jurídicos, o del principio ***contra proferentem*** de universal aceptación en el campo contractual, según el cual las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien haya redactado la cláusula o declaración.[72] Si el Estado redactó una norma legal ambigua que genera dudas en cuanto a si contiene o no su consentimiento al arbitraje de inversiones, es claro bajo estos principios contractuales que dicha declaración debe ser interpretada en su contra y a favor del arbitraje.

Tan sólo la aplicación del principio *contra proferentem* podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, en la que se busca la "intención individual" del legislador y no la "intención común" de las partes. En la interpretación de la Ley, además de que no tiene cabida el principio *contra proferentem*, poco importa cómo los particulares o inversionistas entienden la norma legal. En cambio en la interpretación del contrato sí tiene importancia la conducta desplegada por las partes conforme a los principios de la *buena fe*, seguridad y confianza, que comprenden la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad. Así por ejemplo, la conducta de un inversionista o grupo de inversionistas que envía al Estado una carta de aceptación de la supuesta oferta de arbitraje, y la conducta del Estado que no objeta esa creencia, deberían ser consideradas bajo las reglas de interpretación contractual como conductas que reflejan conjuntamente la intención de las partes. En el campo de la interpretación de las leyes esas conductas no son siquiera consideradas.

Conclusiones muy diversas también se producirían si se aplica en lugar de las reglas contractuales, el estándar de inter-

72. Cuestión que si ha sido aceptada en el campo del arbitraje comercial. AGUILAR, Fernando. "Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación", en *El Arbitraje en el Perú y en el mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje (2008), p. 208. Establece el artículo 40.3 del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía: "*Las cláusulas preparadas por uno de los contratantes que no han sido objeto de tratativas, se interpretan, en caso de duda, contra su autor.*

pretación de los actos unilaterales, puesto que estos suelen ser interpretados de manera restrictiva a favor del Estado que emite la declaración que lo compromete.[73]

6. La irrevocabilidad de la oferta de arbitraje como consecuencia de las expectativas legítimas creadas en los inversionistas

El carácter vinculante y la naturaleza irrevocable del acuerdo de arbitraje a la jurisdicción del CIADI es manifestación de la máxima *pacta sunt servanda*.[74] Expresamente, el artículo 25 del Convenio CIADI establece que *cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte puede retirar su consentimiento unilateralmente*.[75]

Ahora bien, para determinar la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento *unilateral* al arbitraje CIADI expresado por el Estado, se hace necesario precisar ciertos aspectos y circunstancias relativos a la oferta de arbitraje que pueden generar cierta confusión. Por obvio que parezca, se debe tener claro que no es lo mismo interpretar la denuncia del Convenio CIADI, tratado que no implica *per se* consentimiento al arbitraje CIADI,[76] que interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje contenida, bien en un TBI, o en una ley que sí contienen dicho consentimiento del Estado. Asimismo, no es igual interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje hecha en el marco de tratativas privadas a un potencial inversionista determinado, que

73. *Nuclear Tests- New Zealand v. France-* Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974 pp. 472-473 § 47; Armed activities on the territory of the Congo (New application, 2002), (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Reports, 2006, p. 28, §49 and 50). Document A/CN.4/L-703 dated 20 July 2006 – Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations - § 7.

74. Schreuer, with Malintoppi, Reinisch and Sinclair, Ob. cit., párrafos 598-599, pp. 254 y 255.

75. En el caso *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica (ICSID Case No. ARB/74/2)*, Jamaica argumentó que antes de someterse la demanda al Centro, ya había anunciado, conforme al artículo 25(4) del Convenio, su voluntad de excluir las disputas relacionadas con recursos naturales. El tribunal rechazó esta pretensión de Jamaica en virtud de que para el momento de dicha notificación ya había otorgado el consentimiento al Centro en el contrato de inversiones suscrito entre las partes.

76. Y que además contiene una serie de normas (Arts. 70, 71 y 72) que regulan su denuncia para que ésta sea legítima.

interpretar la revocatoria de una oferta de arbitraje pública que se ha hecho en una ley para "promover" y supuestamente "proteger" inversiones extranjeras en general. A diferencia del caso privado, en el caso de la oferta pública se han podido generar expectativas legítimas en los inversionistas que efectivamente realizaron esas inversiones. De igual modo, habría que distinguir y admitir la posibilidad legítima que tendría un Estado de *retirar* la oferta pública de arbitraje a aquellos destinatarios de la oferta que aún no han realizado sus inversiones en el país, puesto que es de suponer que todavía no han depositado su confianza ni expectativas legítimas conforme a dicha oferta.[77]

De allí que nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada.

Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es los términos de la propia oferta. Será irrevocable la oferta si ha generado expectativas legítimas en los inversionistas quienes podían razonablemente depositar su confianza y considerar que la oferta era irrevocable una vez realizada su inversión. Una misma revocatoria podría ser arbitraria y, por ende, ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones. Aún más, una misma revocatoria podría ser arbitraria con relación a las inversiones realizadas por un determinado inversionista antes de la

77. El Convenio de Viena distingue entre retiro (*withdrawal*) y revocatoria (*revocation*). A diferencia de la revocatoria, el retiro se da cuando la oferta todavía no ha llegado a su destinatario, y por ende no ha alcanzado efectividad ni tampoco ha generado una situación jurídica de confianza. Véase Díez-Picazo, Ob. cit., pp. 294 y 295.

revocatoria de la oferta y ser válida para las futuras y nuevas inversiones que realice ese mismo inversionista.

6.1 Denuncia del Convenio CIADI

Como antes indicamos,[78] el Convenio CIADI no contiene oferta alguna de arbitraje y su denuncia está expresamente regulada en su texto. De manera que la denuncia *per se* mal puede configurar una revocatoria del consentimiento del Estado al arbitraje CIADI. Las dudas que plantea la denuncia y que han sido objeto de debate se centran en los efectos que causa sobre los TBIs y leyes que contienen ofertas de arbitraje. En este sentido, la mayoría de los autores señala que la denuncia del Convenio CIADI, como legítimo derecho del Estado miembro, no afecta la vigencia de las ofertas contenidas en los TBIs, pues éstos son tratados autónomos e independientes y, como tales, tienen su propia regulación.[79]

Consideramos que lo único que pretende el artículo 72 del Convenio CIADI es precisamente salvaguardar los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la denuncia. Este principio además está recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece que la terminación de un tratado no afecta los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas antes de su terminación.[80]

78. Supra capítulo I.

79. Al respecto véase GAILLARD, Emmanuel. *The Denunciation of the ICSID Convention*, N.Y.L.J., 26 JUNE 2007, VOLUME 237-N° 122. NOLAN Michael AND SOURGENS F.G., "The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study", En: TDM, Provisional Issue, September 2007. ESCOBAR, Alejandro. "Bolivia Exposes Critical Date Ambiguity, En: Global Arbitration Review, 17, 2007. MANTILLA SERRANO, Fernando; La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al CIADI? Revista Peruana de Arbitraje N° 6, 2008, p. 211. GARIBALDI, Oscar. *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, TDM, marzo 2009, Vol. 6, # 01. En contra: SCHREUER, with MALINTOPPI, REINISCH and SINCLAIR, Ob. cit., pp. 1279 y ss.

80. Convención de Viena Arts. 70 (1) y 70 (2). Cabe advertir que la Convención de Viena teóricamente no resulta aplicable al Convenio CIADI, porque su artículo 4 establece que sólo se aplica a los tratados celebrados después de su entrada en vigencia. El Convenio CIADI entró en vigencia en 1966 y la Convención de Viena en 1980. Asimismo, cabe advertir que Bolivia, Nicaragua y Venezuela no son miembros de esta Convención. Sin embargo, dicha Convención es reconocida como codificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

Cabe precisar que el Convenio CIADI *a priori* no otorga a los inversionistas derecho alguno a la jurisdicción del CIADI, ni tampoco el Estado asume obligación alguna de ofrecer arbitraje internacional a los inversionistas. Es el propio Estado miembro el que *luego* abre esa posibilidad a través de la celebración inmediata y directa, o progresiva e indirecta, del acuerdo de arbitraje.[81]

El acuerdo de voluntades entre el Estado y el inversionista pudiera no estar perfeccionado para la fecha efectiva de la terminación del Convenio CIADI, pero ello no impide que la obligación bilateral de un Estado de ofrecer arbitraje CIADI a los nacionales del otro Estado sea válida y efectiva entre dichos Estados. La vigencia de la obligación bilateral (Estado-Estado), que sí se ha perfeccionado antes de la denuncia del Convenio CIADI, queda amparada por el propio texto del artículo 72, que desvirtúa el carácter accesorio de los TBIs.

De allí que las obligaciones y derechos establecidos en un TBI, asumidos por un Estado frente a otro, y particularmente el ofrecimiento de arbitraje a la jurisdicción del CIADI a los nacionales del otro Estado (terceros beneficiarios), no podrían, en principio y salvo pacto en contrario, verse afectados por el simple hecho de que uno de los Estados miembro de dicho TBI resuelva denunciar otro tratado independiente como lo es el Convenio CIADI.

6.2 Denuncia de un TBI

Similar resultado se produciría con un TBI que es denunciado, pues la generalidad de éstos establece que su vigencia se extenderá por un período de 10 o 15 años para las inversiones realizadas antes de la denuncia. De manera que serían los futuros inversionistas los verdaderos afectados por dicha denuncia,

81. Distinta es la situación de los Estados miembros que ciertamente asumen entre sí obligaciones internacionales desde el mismo momento en que ratifican el tratado, bien sea éste bilateral o multilateral.

ya que es de suponer que ninguna expectativa legítima se ha generado en ellos. Ahora bien, una eventual reforma del TBI para revocar la oferta de arbitraje en él contenida, o una declaratoria de inconstitucionalidad del tratado quedaría sujeta a los mismos principios de la revocatoria arbitraria aplicable a las leyes y que a continuación explicamos.

6.3 Revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en una ley

La oferta de arbitraje es irrevocable aunque no haya una declaración expresa de ello, ni un plazo fijo para la aceptación de ésta, cuando el inversionista podía razonablemente pensar que la oferta era firme y ha confiado en ella para realizar sus inversiones. Como bien señala PAULSSON, *"El respeto por las expectativas legítimas y preestablecidas es un requisito esencial para la sanidad de las relaciones internacionales"*.[82]

El principio de confianza legítima es considerado modernamente como uno de los principios no sólo del derecho internacional sino también de la actividad administrativa que obliga a la Administración Pública a actuar con base a la *buena fe* en un marco de seguridad jurídica y a cumplir con las legítimas expectativas que genera en los administrados con su actuación.[83] El principio de la buena fe no sólo es el fundamento de los principios de los actos propios y el *estoppel*, sino también de las reglas universales de la interpretación e integración de los contratos, las cuales establecen la irrevocabilidad de la oferta en los casos antes aludidos.

82. PAULSSON, Jan. "El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros". En: TDM, September 2008, p. 21.

83. En este sentido, véase RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano. Editorial Ex Libris. Caracas. 2002. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", 2ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1989. Asimismo, GARCÍA LUENGO, Javier. El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid. 2002.

En definitiva, la revocatoria del consentimiento unilateral del Estado se produce de manera arbitraria y, por ende, resulta ineficaz cuando ese ofrecimiento generó en los inversionistas una confianza legítima para realizar sus inversiones. Difícilmente puede un Estado sostener que una ley que tiene por finalidad *promover* la captación de inversiones extranjeras y brindar a éstas *protección* mediante el ofrecimiento del arbitraje internacional, no generó expectativas legítimas en los inversionistas extranjeros que efectivamente realizaron sus inversiones antes de la revocatoria de dicha oferta.

De allí que sostenemos que la pretendida revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana a través de la referida sentencia N° 1541 del Tribunal Supremo de Justicia es claramente arbitraria e ineficaz para todos aquellos inversionistas que antes de la publicación de dicha sentencia realizaron sus inversiones en Venezuela. Para las inversiones que se realizan con *posterioridad* a la publicación de dicha sentencia, el asunto se hace mucho más complicado y discutible. A favor de la *ineficacia* de la revocatoria en estos casos gravitan dos razones de peso: i) el artículo 22 no ha sido derogado, y ii) la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano no es vinculante para los tribunales del CIADI, tal y como la propia sentencia lo reconoce. No obstante, a favor de la *eficacia* de la revocatoria para los nuevos inversionistas destaca el hecho de que ciertamente le resultará más difícil a éstos demostrar la *confianza* generada por esa norma luego de la publicación en Gaceta Oficial de la referida interpretación por parte del Tribunal Supremo de Justicia[84] y de la publicación del laudo en el caso *Mobil v. Venezuela*.

Claro está que si los sucesivos laudos arbitrales del CIADI se pronuncian a favor de la tesis de que el artículo 22 contiene efectivamente una oferta de arbitraje, el asunto se vuelve a revertir.

84. Esta decisión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008.

7. Conclusiones

1.- Ni la doctrina ni las decisiones de los Tribunales CIADI han sido uniformes en cuanto al estándar de interpretación del consentimiento al arbitraje de inversiones.

2.- Poca importancia se le ha dado al hecho de que en los arbitrajes de inversiones, el acuerdo de arbitraje también configura un *contrato* que es autónomo e independiente del instrumento que lo contiene total o parcialmente.

3.- No nos luce acertado sostener que cuando el consentimiento del Estado está contenido en un tratado *"pareciera obvia la aplicación de los principios de interpretación de los tratados,"* y cuando está contenido en una ley nacional, resultan aplicables las reglas de interpretación de los actos unilaterales o las reglas de interpretación de las leyes. En todos los casos se está en presencia de un contrato de arbitraje o de un posible contrato de arbitraje, independiente y autónomo del documento que contiene dicho consentimiento.

4.- La manifestación o documentación del consentimiento unilateral del Estado en un tratado, en una ley o incluso en un instrumento privado no altera su naturaleza de acto jurídico que incorpora una manifestación de voluntad destinada a formar un acuerdo de arbitraje. La documentación del acto mal puede ser confundida con el acto en sí.

5.- Cuando la disputa ya se encuentra registrada ante el CIADI es de suponer que el inversor aceptó la oferta de arbitraje y al menos *prima facie* se está en presencia no ya de una oferta unilateral, sino de un acuerdo de arbitraje que contiene ambos consentimientos. Los Tribunales CIADI mal pueden interpretar aisladamente

los actos u ofertas unilaterales de los Estados. Sólo pueden interpretar éstos cuando han sido previamente aceptados por los inversionistas.

6.- La aplicación de reglas o principios internacionales de interpretación de los contratos como estándar de interpretación del consentimiento en el arbitraje de inversiones tiene trascendentales consecuencias. Aplicar el principio *contra proferentem* a las manifestaciones ambiguas de los Estados podría generar conclusiones muy diversas a las que se llegaría, por ejemplo, si se aplican los principios de interpretación de las leyes, tratados o las reglas de interpretación de los actos unilaterales.

7.- Consideramos incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje sólo se hace irrevocable cuando es aceptada. Del mismo modo nos parece incorrecto generalizar y sostener que una oferta de arbitraje hecha por un Estado configura siempre una obligación internacional irrevocable independientemente de que no haya sido aceptada. Tal y como ocurre en el campo contractual, lo que hace en definitiva revocable o irrevocable al consentimiento unilateral del Estado al arbitraje CIADI es las expectativas legítimas creadas en los inversionistas por los términos de la propia oferta. En consecuencia, una misma revocatoria podría ser arbitraria y por ende ineficaz para los inversores que realizaron sus inversiones conforme a una ley de promoción y protección de inversiones que contiene dicha oferta, y ser legítima y válida para los *futuros* inversionistas que para el momento de la revocatoria aún no habían realizado sus inversiones.

8.- Pareciera que las denuncias del Convenio CIADI por parte de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, así como la eventual revocatoria de la oferta de arbitraje contenida en la Ley de Inversiones de Venezuela, y las eventuales denuncias de los TBIs celebrados por dichos

Estados, no evitarán que en los próximos 10 o 15 años, como mínimo, se sigan registrando demandas ante el CIADI en su contra. Y es que las expectativas legítimas sembradas de manera libre y soberana mal pueden desaparecer de un día para otro por un cambio de políticas económicas del gobierno de turno.

Hacia un nuevo Derecho económico internacional

Fernando de Trazegnies Granda

> There are found some minds given to an extreme admiration of antiquity, others to an extreme love and appetite for novelty; but few so duly tempered that they can hold the mean, neither carping at what has been well laid down by the ancients, nor despising what is well introduced by the moderns.
> ***Francis Bacon. Novum Organum. L. I, § LVI.***

Sumario

1. De la edad media a la postmodernidad. **1.1** Introducción. **1.2** Orígenes y características de la antigua lex mercatoria. **1.3** La modernidad. **1.4** La era de la globalización. **1.5** Las motivaciones del nuevo derecho económico transnacional. **1.5.1** El extranjero como parte débil. **1.5.2** La homogenización del trato legal. **1.6** Las fuentes del nuevo derecho transnacional. **1.7** Un nuevo derecho transnacional consuetudinario. **1.7.1** La costumbre como parte integrante de derecho internacional obligatorio. **1.7.2** La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario.**1.7.3** El problema de la coerción. **1.7.4** Los grandes principios del derecho internacional consuetudinario de los negocios. **1.7.4.1** El trato correcto y equitativo. **1.7.4.2** Legítimas expectativas. **1.7.4.3** La no confiscación de los bienes de un extranjero. **1.8** ¿Lex mercatoria rediviva? **2.** Ley internacional y ley nacional. **2.1** Lex mercatoria y globalización. **2.2** El problema. **2.3** El derecho de la inversión. **2.3.1** Aplicación de la ley nacional. **2.3.1.1** Convenio sobre ley aplicable. **2.3.1.2** ¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable? **2.3.1.3** ¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la

materia arbitral a la ley nacional citada? **2.3.1.4** ¿Puede la ley aplicable ser pactada por partes? **2.3.2** Intervención del Derecho Internacional. **2.3.2.1** Ley internacional ¿supletoria o correctiva? **2.3.2.2** ¿Cuándo interviene el Derecho Internacional? **2.3.3** Naturaleza del Derecho Internacional **2.3.4** Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario. **2.4** Conclusiones.

1. De la Edad Media a la Postmodernidad

1.1 Introducción

No cabe duda de que las tendencias sociales y económicas contemporáneas están obligando a una revisión de la identidad y de los alcances del Derecho Civil, vinculándolo cada vez más a las normas sobre las actividades mercantiles. De hecho, algunas legislaciones contemporáneas, como la italiana, han incluido al Derecho Comercial dentro del Código Civil. Más allá de opinar si esta inclusión es correcta o no, no puedo dejar de pronunciarme en el sentido de que –ya sea que existan dos Códigos o uno solo– el Derecho Civil y el Derecho Comercial representan ambos el punto de vista y las preocupaciones del ciudadano privado.

De esta manera, el Derecho Civil –restringido desde la aparición de los Códigos a la aplicación de un texto normativo específico- vuelve a encontrar su sentido dentro de una dimensión más grande que es el Derecho Privado. Por consiguiente, luego de la desmembración efectuada por el Estado liberal del campo de lo privado en diversas plantillas o marcos llamados códigos y del ataque que sufriera por las tendencias socialistas que enarbolaba el pensamiento crítico, el Derecho Privado es impulsado hacia un desarrollo muy importante y se afirma en su identidad privada.

Pero lo más significativo de la época actual es que paralelamente al Derecho Privado nacional está surgiendo otro Derecho Privado que atraviesa las fronteras y que crea nuevas instituciones.

Desde hace algún tiempo hemos vuelto a escuchar con cierta intensidad dentro de la vida económica internacional una expresión acuñada en la Edad Media, *lex mercatoria*, que parece tomar una nueva vitalidad en nuestros días.

Sin embargo, algunos prefieren denominar estas nuevas manifestaciones jurídicas como derecho transnacional (*transnational law*); otros las llaman simplemente derecho internacional (*international law*), aunque esta última denominación puede llevar a una confusión con el derecho que nace de los tratados; y otros insisten en la antigua denominación medieval. Y, como usualmente sucede en estos casos, cada posición reivindica o condena, a través del nombre especial escogido, algún aspecto de ese derecho emergente, que pugna por precisar sus contornos dentro del hostil medio de los derechos nacionales.

1.2 Orígenes y características del concepto

Para apreciar lo que está sucediendo, debemos hacer un poco de historia y preguntarnos sobre lo que era en la Edad Media esa *lex mercatoria* que ahora reaparece cuando menos dentro de la discusión jurídica. Pero, como sucede siempre con el Derecho, para comprender la *lex mercatoria* medieval, debemos conocer las circunstancias y razones sociales de su aparición, establecer el contenido de este Derecho en su origen y precisar los autores o creadores de normas válidas "mercatorias", así como su fuerza de coerción.

Recordemos que el Derecho medieval es muy complejo y muy rico. No es, como hoy en día, un Derecho rehén del poder político, cuya fuente, legitimidad y vigencia efectiva depende exclusivamente del Estado[1]. Por el contrario, el

Derecho de la Edad Media es un Derecho de juristas atentos a la voz del pueblo, es decir, un sistema jurídico creado por personas que tienen el Derecho como ocupación formal, que construyen y organizan el orden jurídico como una cadena de conceptos[2], pero que toman como material no simplemente la norma emanada del poder político sino sobre todo el Derecho consuetudinario, vale decir, el Derecho que surge de la idiosincrasia de cada pueblo (sin perjuicio, claro está, de una fuerte influencia romana). Y si bien estos juristas se sitúan próximos a la autoridad política en la búsqueda de un respaldo de coerción, es preciso tener en cuenta que en la Edad Media no existen todavía los Estados en el sentido moderno y que la autoridad se encuentra dispersada en un sinnúmero de centros de poder locales, gremiales y eclesiásticos. Esta falta de control unitario en la producción del Derecho da lugar a una efervescencia multipolar que encuentra su coherencia en las tradiciones doctrinarias del Derecho romano, a su vez permanentemente repensadas y renovadas a la luz de las concepciones germánicas.

Por consiguiente, ese Derecho medieval es extraordinariamente abierto, creativo y susceptible de adaptarse a los cambios mucho más eficazmente y sutilmente que el posterior Derecho moderno vinculado a un Estado central.

Por ello no es de llamar la atención que cuando se produce un movimiento extraño en la sociedad medieval, promovido por la reaparición del comercio a distancia que había estado ausente desde el fin del Imperio Romano, tienda también a crearse un Derecho apropiado a las nuevas circunstancias.

Es evidente que siempre existió comercio a nivel del mercado local. Pero a veces las circunstancias geográficas pesan enor-

1. Paulo Grossi: La formación del jurista y la exigencia de una reflexión metodológica innovadora, en Paulo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho). Escuela Libre de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo. México, 2004, p. 189.
2. P. Koschaker: Europa y el Derecho Romano. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953, p. 247.

memente en la configuración de la actividad de los pueblos. El Imperio carolingio, eje de la vida política de la Alta Edad Media, no estaba cercano a un mar interno que permitiera la fácil comunicación con otros pueblos ribereños, como sucedió con el Mediterráneo durante el Imperio romano. Sin embargo, desde el S. XI aparece un marcado interés en vender productos a comunidades ajenas y distantes de los lugares de producción, a pesar de las dificultades geográficas y de los limitados medios de transporte. Quizá los primeros impulsos a esta tendencia son producidos por los comerciantes que traen las nuevas maravillas descubiertas por los Cruzados en Oriente, tales como la seda, los perfumes, las especies. Estos bienes van a constituir la base del primer comercio propiamente internacional dentro de la sociedad europea.

En el fondo, es en este renacimiento del comercio, del intercambio por razones onerosas de bienes y servicios incluso desde zonas muy distintas, que debemos situar el origen remoto de la modernidad. Aun cuando coexisten con formas de la sociedad señorial de la Edad Media, aquellos que se encargan del comercio entre el Medio Oriente y los distintos países europeos –como los comerciantes marinos de Venecia, la Liga Hanseática y otros– son sin duda los propulsores de un nuevo estilo de vida y de una nueva manera de ver las cosas. Más tarde, encontraremos otras formas más complejas de comercio a distancia Así, los comerciantes ingleses compraban lana de oveja en los feudos británicos y la vendían a los comerciantes flamencos, quienes a su vez la distribuían entre los tejedores de Flandes. Y luego estos comerciantes flamencos llevaban las prendas de vestir hechas en Flandes nuevamente a Inglaterra para venderlas en las ferias.

En un medio en el que el Derecho está más ligado al pueblo que al Estado, no es de extrañar que una nueva manera de vivir dentro de un sector del pueblo dé origen a un Derecho que surge de la necesidad de solucionar los problemas propios de esta nueva actividad. No es el Estado quien da leyes al respecto sino que son los propios usuarios del Derecho quienes van creando

costumbres normativas de acuerdo a sus experiencias. Pero este Derecho privado en el más pleno sentido de la palabra no se aplica solamente dentro del área de vigencia de los derechos locales. Como el comercio supera los límites de los feudos y de las naciones, la *lex mercatoria* se presentará como una regulación jurídica que sobrepasa los derechos locales y tiende a ser universal dentro de su época y de su especialidad. Y es así como este Derecho consuetudinario, que nace con gran fuerza, va a reglamentar básicamente el comercio a distancia y todo lo vinculado a la navegación comercial.

Evidentemente, esta *lex mercatoria* medieval recoge elementos de reflexión de muchas fuentes: el Derecho romano, las costumbres griegas, muy probablemente los desarrollos árabes en materia de regulación del comercio. La creación *ex nihilo* sólo corresponde a Dios. Pero también es cierto que no por el hecho de que el Palazzo Farnesio esté construido con mármoles extraídos del Foro romano, debemos considerarlo como una muestra de la arquitectura latina. Es, sin duda, el producto de una arquitectura nueva, una arquitectura renacentista, a pesar de que los materiales fueron tomados de construcciones anteriores que respondían a otra concepción arquitectónica.

El proceso de creación de este nuevo orden jurídico que llamamos *lex mercatoria* está impulsado por un gran sentido de realidad y es muy consciente de los problemas con los que se encuentra el comerciante. Pero también tiene una gran imaginación para ir inventando constantemente soluciones razonables y novedosas para esos problemas. Es así como no se limita a regular el contrato comercial básico que es la compra venta, sino que también desarrolla innovaciones en otros campos conexos, como las reglas sobre el transporte de bienes, el seguro y hasta el financiamiento de las mercaderías[3]. Y es así como el Derecho se pone al servicio de la expansión comercial, siendo un producto de ella pero también su causa; porque esa modernidad y esa

3. Harold J. Berman: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition.* Harvard University Press. Cambridge, USA, 1983, p. 334.

expansión comercial hubieran sido inimaginables sin la creación de la letra de cambio, el pagaré y la sociedad de responsabilidad limitada, que fueron resultado de la reflexión jurídica que se dio dentro del contexto de la *ley mercatoria*[4].

1.3 La modernidad

Sin embargo, a medida que avanzan los procesos históricos emergentes, tanto el pensamiento como la organización política cambian. Frente a la homogeneidad que existía en la Edad Media bajo la forma de Cristiandad, surge con el protestantismo la división de Europa en naciones con religiones diferentes, algunas de las cuales reconocen la autoridad moral del Papa y otras no. Por consiguiente, el lenguaje de las relaciones internacionales se desplaza del plano teológico al plano político y así nace el Derecho Internacional, es decir, el Derecho que regula la relación entre Estados.

Por otra parte, la necesidad de ampliar los mercados locales superando los estrechos marcos del feudo o de la parroquia, suponía crear unidades de medida homogéneas, rutas y otras necesidades del comercio a escala ya no local sino nacional. Y tal unificación sólo podía hacerla un Estado central. Es verdad que con las nociones individualistas y liberales que en cierta forma aportó el comercio, ese Estado terminará democratizándose; pero, aun así, las transformaciones reforzaron su papel central y su monopolio en la producción y aplicación del Derecho.

En adelante, dentro de un mundo formado ya no por comunidades pequeñas tenuemente orquestadas hasta constituir un tejido de autonomías[5] sino por Estados-Naciones, sólo existirá: (a) el Derecho Privado constituido por ley, que regula las relacio-

4. Harold J. Berman: Op. cit., p. 336.
5. Paulo Grossi: Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval, en Paolo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho), ed. cit., p. 32.

nes entre los particulares pero que es creado e impuesto por el Estado; (b) el Derecho Público que determina la organización del propio Estado; y (c) el Derecho Internacional que es la forma como los Estados en tanto que tales se relacionan unos con otros. En otras palabras, todo el Derecho –incluso el Privado– ha sido puesto en las manos del Estado. La costumbre es proscrita como fuente normativa o, a lo sumo, se la reconoce como fuente subsidiaria, en aquello que no se oponga al Derecho positivo y sólo en los casos permitidos por la ley.

A partir de ese momento surge una relación antinómica entre el Estado y el mundo del comercio. De un lado, éste último necesita del Estado para crear las condiciones de generalidad y seguridad del movimiento comercial. Pero, de otro lado, el Estado adquiere un protagonismo que tiende a someter y anular la libertad e independencia de los comerciantes. Aún más, la ley positiva tiene un alcance nacional; pero la actividad comercial no cabe dentro de ella y supera las fronteras.

Esta es la razón por la que los comerciantes se resisten a una absorción de su autonomía y a una sustitución de sus costumbres por la ley positiva creada al margen de ellos. En este sentido, los llamados Tribunales del Consulado constituidos por los comerciantes en las ciudades italianas medievales para resolver sus controversias de acuerdo a la *lex mercatoria*, se prolongan hasta muy entrada la Época Moderna. Si bien es verdad que su existencia posterior está fundada en el Estado y la ley positiva que les otorga vigencia, conservan todavía suficiente autonomía como para que sus miembros sean comerciantes y la ley aplicable continúe siendo en buena parte la costumbre mercantil.

En el Perú virreinal, encontramos el Real Tribunal del Consulado que fue establecido por Real Cédula expedida por Felipe II el 29 de diciembre de 1593, pero que empezó a funcionar recién en 1613, el cual es definido como *"Tribunal de Prior y Cónsules, diputado para el conocimiento de las Causas de los Mercaderes, tocantes a su mercancía, según una ley recopilada"*[6].

Como puede verse, la autoridad de este Tribunal le es otorgada por la Corona; sin embargo, se rige por la *lex mercatoria* (una ley recopilada) y sus miembros son elegidos por los mercaderes[7]. Es verdad que, estando el comercio exterior peruano limitado a la relación con España, este Tribunal mantiene su carácter mercantil pero pierde, por la fuerza de los hechos, su alcance supranacional. En realidad, es un híbrido que conserva una cierta autonomía de los mercaderes pero sólo por delegación del Estado, como no podía ser de otra forma dentro de un Estado moderno.

Estos Tribunales propios de los comerciantes tarde o temprano son barridos por la modernidad que proclama una sola autoridad estatal, un Derecho igual para todos los ciudadanos y un Poder Judicial como rama del Estado que detenta la hegemonía de la administración de justicia. En el Perú, el Tribunal del Consulado se mantiene hasta 1886. Pero desde entonces los litigios comerciales son vistos por el Poder Judicial común, de acuerdo al Código Civil, al Código de Comercio y a las demás leyes aplicables.

Hacia fines del S. XIX y comienzos del XX, la *lex mercatoria* tendría que haber desaparecido, los Tribunales del Consulado desactivados y el mundo tenía que ser organizado desde la perspectiva del Estado: de un lado, el Estado central como responsable del mercado interno y de la organización social de todo aquello que quede inmerso dentro de su territorio; y, de otro lado, la relación entre Estados como responsables del mercado externo y de la paz mundial. Si todavía quedaran algunas costumbres comerciales reacias a desaparecer, éstas no tenían el apoyo del Estado y, por tanto, eran poco menos que clandestinas y no contaban con posibilidades legales de ejecución forzosa.

Es así como la modernidad política asumió un desarrollo relativamente independiente de la modernidad económica,

6. Juan de Hevia Bolaños: *Curia Philipica*. En Oficina de Pedro Marín. Madrid, 1771, libro II.,cap. XV, 1, p. 439.
7. *Op. cit.* Libro II, cap. XV, 4.

quizá con un punto de vista más ideológico y fundamentalista[8]; y, dentro de esa línea, sacrificó la solución pragmática de la lex mercatoria en aras de la noción de soberanía de los Estados y de la seguridad contractual que otorgaba la claridad en cuanto a la norma aplicable, particularmente luego de la adopción de los Códigos nacionales y de una perspectiva en mayor o menor grado positivista respecto del Derecho.

1.4 La era de la globalización

Pero este amor-odio entre el mundo de los negocios y el mundo político se hace mucho más complicado a medida que avanza el S. XX.

Aparecen un gran número de compañías que no operan localmente sino para clientes de otros países. Y surge así ese mundo cuyos protagonistas son las grandes empresas transnacionales, difícilmente sometibles a un solo ordenamiento jurídico porque realizan actividades en múltiples Estados.

Así, la situación antinómica se agrava considerablemente con la aparición de ese fenómeno insólito –resultante de un desarrollo tecnológico extraordinario en el campo de las comunicaciones y del transporte– que es llamado "globalización".

Los comerciantes se encuentran esta vez frente al mundo: tienen que conquistar mercados ahí donde se encuentren o desaparecer. Exportar es la estrategia clave de la economía contemporánea. Para ello, los comerciantes requieren de inventiva, de agilidad de movimiento, deben arriesgar grandes capitales y lograr seguridades para sus negocios e inversiones en tierras foráneas. Pero, al mismo tiempo, su conducta comercial está entorpecida por un gran número de compartimentos estancos

8. Paulo Grossi: Las diversas vidas del jacobinismo jurídico (o bien: La Carta de Niza, el proyecto de "Constitución Europea", y las insatisfacciones de un historiador del Derecho, en Paolo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho), ed. cit., p. 127, et passim.

llamados Estados que sólo permiten dentro de sus respectivos territorios lo que ellos mismos deciden y que establecen, al margen del mundo comercial, acuerdos con los otros Estados que constituyen leyes internacionales positivas.

PAULO GROSSI nos dice que la globalización es *"un tiempo histórico que se caracteriza por una primacía de la dimensión económica como resultado indiscutible del capitalismo maduro"*[9]. Dice también es "una primacía que da a las fuerzas económicas una virulencia nunca experimentada hasta ahora"; y agrega que este dinamismo tiene *"una insuprimible tendencia expansiva"*[10] y que *"El mercado aparece, como nunca, intolerante a las limitaciones espaciales"*[11]: se trata de una actividad económica que, con el auxilio de la teleinformática, se ejerce dentro de *"un espacio virtual, en el cual es extraña, adversa y antinatural, una demarcación territorial"*[12].

El espacio homogéneo –condición de la moderna vida comercial– queda ampliado y al mismo tiempo restringido con el Derecho de la modernidad, vale decir, con el Derecho que surge con motivo de los grandes cambios políticos y sociales derivados del pensamiento liberal y de la Revolución Francesa; ese espacio alcanza ahora a la nación entera pero todavía es menor que el mundo. Y así los comerciantes, cuya actividad anuncia la postmodernidad (o la modernidad "madura", si se prefiere), se ven obligados a sobrepasar el Derecho moderno de carácter estatal, a fin de buscar –a través de un Derecho propio, con pretensión globalizante, especializado y con un fuerte ingrediente consuetudinario– aquella homologación de relaciones jurídicas más allá de las fronteras estatales que el Derecho moderno no les brinda.

9. Paulo Grossi: Globalización, derecho, ciencia jurídicas, en Paolo Grossi: Derecho, sociedad, Estado. (Una recuperación para el Derecho), ed. cit., p. 155.
10. *Loc. cit.*
11. Paulo Grossi: *Op. cit.*, pp. 155-156.
12. Paulo Grossi: *Op. cit.*, p. 156.

1.5 Las motivaciones del nuevo derecho económico transnacional

Las nuevas fuerzas económicas pretenden liberarse de eso que Grossi ha llamado *"un orden jurídico enjaulado"*[13] por el nacionalismo; y para ello quieren sacudirse de las Cortes nacionales para recurrir a tribunales arbitrales internacionales, así como perforar la soberanía de los Estados estableciendo normas, jurisprudencia y doctrina de carácter netamente internacional.

1.5.1 El extranjero como parte débil

Notemos, en primer lugar, que este Derecho surge como respuesta a necesidades similares –aunque dentro de un contexto radicalmente diferente– a las que dieron origen a la *lex mercatoria* medieval.

Es así como comprobamos que ese antiguo Derecho mercantil se propone en el S. XII proteger al comerciante extranjero frente a la ley local y al abuso de las autoridades del lugar.

La forma usual como operaba el comercio exterior de la Edad Media era que los comerciantes viajaran de localidad en localidad, cargados con todos sus productos, y permanecían por unos días en cada pueblo o ciudad, instalando lo que se denominaba una "feria". Estas ferias eran un acontecimiento importante en la vida del pueblo porque llegaban productos extraños desde lugares lejanos traídos por personas que contaban historias exóticas de lo que habían visto en sus viajes. Por este motivo, el Real de la Feria no era un simple mercado sino un lugar de atracción donde la gente acudía a comprar pero también a aprender y hasta a divertirse. El término mismo de "feria" conlleva algo de esos elementos no comerciales, por cuanto en latín significa día en que no se trabaja y en el cual se realizan fiestas.

13. Paulo Grossi: *Op. cit.*, p. 158.

Por tanto, los comerciantes foráneos, sus productos e historias eran el centro de interés en los días de la feria.

Pero ese mismo protagonismo del comerciante creaba una cierta envidia en su entorno y alimentaba la codicia de alguno. Por consiguiente, podía suceder muy fácilmente que hubiera quienes quisieran estafarlo, amedrentarlo o encontrar cualquier pretexto para no pagarle los bienes adquiridos. Y en estos casos, era probable que la autoridad local se pusiera del lado del agresor que era habitante del pueblo y le diera la razón contra el comerciante forastero. Por otra parte, incluso la propia autoridad local podía verse tentada de esquilmar al extranjero exigiéndole impuestos o multas injustificadas.

En consecuencia, el comerciante extranjero se sentía en inferioridad de condiciones y necesitaba unas reglas de derecho que pudieran ser aplicadas y garantizadas por el propio gremio antes que por la autoridad local.

Notemos cómo el nuevo Derecho Internacional de la globalización considera también que el comerciante extranjero y particularmente el inversionista que viene a arriesgar sus capitales en un país que no es el suyo, se encuentra en una cierta relación de inferioridad y puede ser objeto de abusos similares –aunque en mayor escala– a los que temían los comerciantes medievales.

Es así como el profesor THOMAS WÄLDE, de la Universidad de Dundee, Escocia, hace una distinción interesante dentro del moderno Derecho del Arbitraje entre los arbitrajes comerciales y los de inversión. Los primeros, dice,

> "suponen partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia regla-

mentaria, administrativa y de otro género. Con frecuencia, si es que no en la mayoría de los casos, el inversionista se encuentra en una situación de debilidad estructural, exacerbada por la experiencia (en especial cuando se trata de inversionistas más pequeños, empresariales)"[14].

1.5.2 *La homogenización del trato legal*

Un segundo tema se encuentra motivado por el hecho de que al comerciante medieval no le era fácil realizar sus actividades dentro de una maraña de leyes que cambiaban de pueblo en pueblo y que eran muchas veces poco prácticas. Hasta las unidades de medida, en lo que se refiere a la dimensión de los textiles o de peso en cuanto a los granos y las especies o de volumen respecto de los perfumes y otras mercancías líquidas, variaba de pueblo en pueblo. Por eso el comerciante necesitaba construir un cuerpo normativo que fuera válido entre los comerciantes de cualquier parte y que estuviera basado en la efectividad antes que en valores abstractos, quizá muy respetables, pero que alejaban la discusión de los aspectos operativos concretos.

Es así como, por ejemplo, al Tribunal del Consulado del Virreinato se le tenía mandado que no admitiera peticiones de abogados que dilaten el proceso, ya que éste debe ser resuelto en forma *"breve, sumariamente, sin dilaciones"*[15]. Y a continuación se subraya que se entiende por "breve y sumariamente" que hay que *"abreviar la causa con toda brevedad [sic], sin dilación, ni observancia de las solemnidades que por derecho positivo se requieren en la causa ordinaria"*[16], dando predominio a la buena fe. Y agrega que *"Síguese asimismo de lo dicho que en las demandas que se pusieren en el Consulado no es necesaria forma ni solemnidades de libelo, sino que basta cualquiera simple petición"*[17], los términos deben ser breves[18]

14. Prof. Thomas Wälde: Opinión independiente de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Párrafo 12.
15. Juan de Hevia Bolaños: *Curia Philipica*. En Oficina de Pedro Marín. Madrid, 1771, libro II, cap. XV, 36, p. 445.
16. *Op. cit.*, libro II, cap. 25, 37, p. 445.

y no se admiten excepciones de carácter procesal *"por ser sutilezas del Derecho"*[19].

Cualquiera que lee hoy en día estas recomendaciones y reglamentaciones del S. XVIII no puede menos que pensar que todo ello es lo que se estila actualmente en los arbitrajes comerciales o que diferencian los procesos arbitrales de los judiciales.

Por consiguiente, estas mismas preocupaciones aparecen en el Derecho contemporáneo de los negocios internacionales, donde la empresa con actividades transnacionales debe operar en diferentes países con leyes distintas y donde muchas veces el formalismo legal aleja también la solución adecuada –vale decir, efectiva– del razonamiento judicial común. Es por ello que, a través de sus diferentes fuentes e instancias, ese Derecho internacional busca uniformizar criterios más allá de las fronteras y de los Códigos nacionales, encontrar principios aplicables incluso sobre los derechos nacionales y tribunales arbitrales que se encuentren al margen de toda influencia estatal.

1.6 Las fuentes del nuevo derecho transnacional

No cabe duda de que muchas de las fuentes de ese Derecho que se aplica en las relaciones comerciales internacionales son de origen nacional.

Una de las primeras respuestas frente a los problemas que nacían con la internacionalización de las relaciones jurídicas privadas fue el desarrollo de un Derecho Internacional Privado que pretendía establecer normas que determinaran en cada caso cuál Derecho nacional era aplicable si la situación implicaba la confluencia de varios Derechos nacionales, teniendo en cuenta que

17. *Op. cit*, libro II, cap. 25, 39, p. 446.
18. *Op. cit*, libro II, cap. 25, 40, p. 447.
19. *Op. cit*, libro II, cap. 25, 41, p. 447.

no existe una estructura jerárquicamente superior que pueda establecer las reglas y dirimir las contiendas sobre ley aplicable.

Claro está que el problema complicado en este método de determinación de la ley del caso es que esas normas llamadas de Derecho Internacional Privado son también ley nacional y, por consiguiente, van a tener un contenido diferente o cuando menos sus principios serán interpretados en forma distinta, según la jurisdicción nacional ante quien se plantee el caso.

Con el avance de la contratación comercial y de la inversión transnacional, se hizo usual que los contratos internacionales contengan una cláusula sobre ley aplicable. Esta ley es la de un país determinado, pero no necesariamente la ley nacional de alguna de las partes. De esta manera, en algunos casos y muy particularmente en los contratos entre empresas privadas, sin intervención del Estado, se busca la aplicación de una ley de un tercer país a fin de evitar que alguna de las partes pueda sentirse en inferioridad de condiciones en caso de que surja una controversia. Usualmente se procura determinar una ley nacional que sea particularmente competente en el área de la relación entre las partes. Es así como muchas veces las partes escogen la ley inglesa si se trata de seguros o las leyes del Estado de New York cuando se trata de relaciones comerciales.

En realidad, esta manera de transnacionalizar contractualmente la ley aplicable es muy interesante pero no siempre soluciona adecuadamente el problema. Si la controversia es entre dos grandes compañías transnacionales, indudablemente que ambas se encuentran en aptitud de contratar los abogados más capaces en relación a la ley escogida. Sin embargo, esta solución puede representar una desventaja considerable para la parte constituida por una pequeña o mediana empresa de un país en desarrollo que tiene que litigar contra una gran compañía transnacional a un costo enorme en un país que no es el suyo.

Paralelamente a estos esfuerzos privados por regular las relaciones comerciales internacionales, los Estados a su vez han suscrito tratados con el objeto de facilitar el comercio uniformando las reglas aplicables. Es así como existen tanto tratados multilaterales como bilaterales que se aplican a las relaciones comerciales y a la solución de conflictos transnacionales.

Entre los primeros encontramos, *exempli gratia*, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Mercancías (CISG). Es muy interesante observar que, entre los países que forman zonas de libre comercio, se tiende a establecer leyes uniformes respecto de ciertos aspectos básicos de la relación comercial. Quizá la región que más ha avanzado en este campo es la europea donde existe una sola Ley de Sociedades Mercantiles para toda la Unión Europea, normas comunes sobre libre competencia y una Corte Europea encargada de solucionar los conflictos entre individuos y Estados desde una perspectiva comunitaria, cuando la ley de la Unión Europea es aplicable.

Entre los tratados bilaterales que establecen reglas comunes para las relaciones de empresas de dos países cabe destacar los tratados de libre comercio que usualmente señalan ciertas reglas comunes, los principios aplicables a las relaciones transnacionales de comerciantes e inversionistas de los dos países y posiblemente también establecen una jurisdicción arbitral. En este sentido, el llamado NAFTA entre Estados Unidos, Canadá y México es muy representativo.

Una consideración especial es necesaria para las normas que regulan la inversión extranjera por cuanto, como hemos señalado antes, el espíritu y condiciones de aplicación de éstas no es necesariamente similar al de las operaciones meramente comerciales.

Una peculiaridad de las relaciones de inversión es que generalmente involucran al Estado del país que recibe la inversión. En unos casos, ello se da a través de Convenios de Estabilidad Jurídica (LSA, según sus siglas en inglés) que celebra el Estado receptor con el inversionista extranjero, otorgándole garantías que lo protejan de un cambio arbitrario de las condiciones legales dentro de las que se produce la inversión. Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado una nueva modalidad de protección en la que, en vez de establecer un convenio directamente entre el inversionista privado y el Estado receptor, se celebra un tratado internacional entre el Estado receptor y otro Estado cuyos inversionistas nacionales tienen interés en invertir en el Estado receptor. Estos acuerdos entre Estados denominados Tratados Bilaterales de Inversión (BIT, según sus siglas en inglés) han proliferado en los últimos años formando un tejido normativo muy extendido de protecciones a la inversión transnacional sobre una base bilateral. Es interesante destacar que, en el S. XII, también las Ciudades-Estados de Italia celebraban tratados bilaterales garantizándose recíprocamente que sus ciudadanos serían tratados en igualdad de condiciones en una u otra ciudad, que podrían ejercer libremente el comercio o la industria, que tendrían el mismo acceso que los locales a jueces y cortes y, en muchos casos, establecían Tribunales de Comerciantes en los que debía resolverse con rapidez y de conformidad con la costumbre mercantil los conflictos que pudieran surgir, sin perderse en las sutilezas de la ley; y si no hubiera una costumbre aplicable, se aplicaría la buena consciencia[20].

Siempre en materia vinculada a la inversión, se han creado, mediante tratados entre Estados, ciertos organismos internacionales con el objeto de resolver los conflictos en materia de inversión extranjera que puedan darse entre un inversionista extranjero y un Estado. Este es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

20. Harold J. Berman: *Op. cit.*, pp. 343-344.

1.7 Un nuevo derecho transnacional consuetudinario

1.7.1 La costumbre como parte integrante de Derecho Internacional obligatorio

El fenómeno más interesante que nos encontramos en esta materia es que, detrás de ese conjunto de normas de Derecho Internacional Privado, de estipulaciones contractuales, de tratados multilaterales y bilaterales, está surgiendo un nuevo Derecho –podemos llamarlo Internacional de los Negocios o Transnacional– de carácter consuetudinario que empieza a ser reconocido por las instancias internacionales.

Así, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que:

> "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59[21]."

Como se puede ver, esta definición incorpora definitivamente la costumbre internacional admitiéndola como parte del Derecho Internacional. Ahora bien, aun cuando dicho Estatuto limita el calificativo de "costumbre" a la práctica de los Estados generalmente aceptada como Derecho por la *opinio iuris*, incluye también como fuentes a los principios generales de Derecho, así como a las decisiones judiciales y a la doctrina. Sin embargo –y

21. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, artículo. 38 (1).

aun cuando este punto pudiera ser materia de discusión– dado que éstas últimas no son tampoco convenciones internacionales, su acogimiento puede ser justificado asimilándolas a una suerte de costumbre jurídica internacional en sentido amplio. La alusión a las naciones civilizadas –basada en una distinción objetable– como elemento que califica los principios generales que deben considerarse válidos, parece reconocer que se trata de principios que son culturalmente aceptables en las naciones occidentales y que, por tanto, su fuerza radica en esta aceptación común; pero este criterio es precisamente la base de la costumbre.

Esta misma definición amplia de Derecho Internacional ha sido acogida por el artículo 42 de la Convención CIADI, la que establece que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. Si no existe tal pacto, se regirán por la ley del Estado involucrado incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y "aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables". Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha discutido cuáles son estas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables y si lo son incluso contra las normas del Derecho nacional del Estado que es una de las partes de la controversia.

En lo que se refiere a qué se entiende por derecho internacional, el CIADI ha acogido sin lugar a dudas la definición de la Corte Internacional de Justicia, como expresamente lo señala el informe de la Comisión conformada por sus Directores Ejecutivos[22]. Por consiguiente, no cabe duda de que la costumbre entendida en su sentido restringido como también la costumbre en su sentido amplio –que incluye los principios generales del Derecho así como la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que son reconocidos por los Tribunales internacionales– son aplicables adicionalmente a la ley del Estado involucrado cuando las

22. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 18 de marzo de 1965.

partes no han pactado la ley aplicable. Y es así como, aunque las decisiones arbitrales anteriores no constituyen precedente obligatorio, los Tribunales arbitrales CIADI las utilizan frecuentemente en casos posteriores[23]. De la misma forma, dichos Tribunales utilizan las publicaciones académicas[24]. Y todo ello forma parte del Derecho Internacional aplicable en los Tribunales CIADI porque refleja el Derecho Consuetudinario Internacional[25].

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han ido todavía más lejos: los Tribunales CIADI y los tratadistas han considerado que el derecho internacional no sólo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes sino que también interviene aun cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional[26].

Es así como el Derecho Internacional, entendido de una forma no positivista sino más bien en su producción consuetudinaria, pasa a constituir un standard mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, que no puede ser obviado en ningún caso. GUIDO TAWIL lo dice de una manera muy tajante:

> "deben preservarse ciertos *standards* internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta

23. Christoph H. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Cambridge University Press. par. 110*, pp. 616-617.
24. Christoph H. Schreuer: *Op. cit.* Par. 118, p. 617.
25. Christoph H. Schreuer: *Op. cit.* Par. 123, p. 618.
26. Cf. *el caso llamado del Oasis de la Pirámide*: SPP v. Egipto. Laudo de 20 Mayo 1992, 3 ICSID Reports, 189.

elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatarias..."[27].

Por su parte, CHRISTOPH SCHREUER advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional, "Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario".

1.7.2 La flexibilidad de un orden jurídico consuetudinario

Es interesante notar que dado que estamos ante el resurgimiento de un Derecho no estatal –es decir, que no es la consecuencia del *imperium* de un Estado ni tampoco es necesariamente un acuerdo entre Estados– sino más bien los productores de este nuevo Derecho son muy variados.

En realidad, los generadores de las prescripciones de este Derecho internacional consuetudinario no son legisladores (cuya existencia es sólo posible tomando como referencia un Estado con su potestad de dar leyes) sino que sus autores resultan ser los propios usuarios de este orden jurídico *sui generis*: redactores de contratos cuyos textos se van haciendo generalmente aceptados; instituciones financieras que van desarrollando instrumentos de pago o de crédito aceptables por los operadores de diferentes países, independientemente del Derecho municipal; sentencias expedidas por Tribunales constituidos directamente por los gremios que operan en el área comercial cuyo contenido es asimilado como precedente para los casos futuros.

27. Guido Santiago Tawil: *Applicable Law. Dispute Settlement*. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations, 2003, p. 10.

Este nuevo Derecho tiene un fuerte ingrediente técnico que proviene del mundo de los negocios y que, por tanto, ello permite una participación muy importante de quienes conocen y utilizan esas técnicas. Es así como podemos ver acuerdos internacionales ajenos a los Estados que surgen dentro del medio mercantil, como los INCOTERMS o los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, ambos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Pero también el carácter no legislativo –no político– de este Derecho permite una revaloración del jurista y de su papel social.

En realidad, los juristas habían sido oprobiosamente postergados por el Estado moderno debido a que no se les permitía tener participación en la creación del Derecho: sólo el Estado es creador porque sólo el Estado tiene el poder político para hacerlo y sólo el Estado tiene el poder coercitivo para obligar que se cumpla lo que él manda.

En esta forma, la ley no era ya creada necesariamente por juristas sino por políticos en el Congreso, sean éstos juristas o no; ya la condición de ser jurista no era relevante para producir normas obligatorias.

Por su parte, los jueces tenían por función ser simplemente los megáfonos de la ley; debían encargarse únicamente de "decir" el Derecho frente a un caso concreto, esto es, de aplicar el mandato del Estado *ad pedem litteram*, evitando toda interpretación. Interpretar era considerado una suerte de mal inevitable dada la flaqueza intelectual de algunos legisladores que no dejaban las cosas claras. Y por eso se esgrimía agresivamente ese brocardo aberrante que dice "*in claris non fit interpretatio*". ¿Cómo se puede hablar de claridad en Derecho cuando dos litigantes de buena fe entienden la aplicación a su caso de la misma norma legal en sentido exactamente contrario?

Y los juristas académicos, los tratadistas, quedaban relegados a practicar solamente la exégesis, es decir, a extraer el significado intrínseco de la ley políticamente impuesta sin permitirse interpretación alguna, a poner de relieve lo que la norma ya dice sin atreverse a tocar en lo menor el texto sagrado aprobado por los nuevos sacerdotes del Derecho que eran ahora los políticos.

Sin embargo, hoy aparece en las relaciones transnacionales un nuevo Derecho, más a tono con la globalización, que precisamente cuestiona toda la arquitectura política del Derecho moderno, desvinculando la noción de orden jurídico del poder político.

Ya no son los Estados quienes crean la ley internacional sino la actividad efervescente de los propios actores privados. Es la actividad económica que asume la responsabilidad de regularse a sí misma bajo la guía de los abogados. Porque no cabe duda de que los juristas tienen un papel preponderante en este proceso de rejuvenecimiento del Derecho, ya sea actuando como árbitros, como abogados ante tribunales arbitrales o como académicos que analizan, expanden, afinan y hacen concordar la producción jurídica no estatal.

1.7.3 El problema de la coerción

Una pregunta importante es: ¿qué fuerza coercitiva pueden tener estas normas heterodoxas, que no se apoyan en una organización estatal?

La idea central es que nos conviene vivir en un mundo donde en general las cosas funcionan, las promesas se cumplen y se vive dentro de un orden.

No estoy presuponiendo aquí una civilización "buena", en la que el hombre actúa en razón de ciertos valores quizá hasta religiosos que habrían sido internalizados en la mayor parte de los seres humanos. ¡Nada de eso!

Me refiero a una civilización "mala" –dicho en categorías moralizantes; quizá es más neutro llamarla realista– donde los hombres actúan en función de sus intereses personales, pero al mismo tiempo constituyen una civilización "racional", en la que los individuos tienen consciencia de que el desorden y la obtención brutal del interés privado, aunque parezca convenir a los más fuertes, termina reduciendo el provecho de todos y cada uno. De esta manera, la sociedad más libre –más desordenada, para decirlo de manera propia– en la que cada individuo busca irracionalmente su propio interés, es también la sociedad en la que cada hombre obtiene menos provecho, es decir, logra menos de lo que quiere; por tanto, es aquella en la que el hombre es menos libre.

Por ese motivo, el hombre racional toma consciencia de que el orden es requerido en función de su propio interés: no de un ideal altruista o moralista, no en nombre de una solidaridad humana (que siempre es deseable por otras razones), sino como un instrumento de la libertad individual y del interés propio, instrumento exigido no por el sentimiento sino por la razón que nos enseña a maximizar, a través del orden, nuestro propio provecho individual.

Esto lo explicó muy bien HOBBES hace casi doscientos años. Pero fue muy mal entendido. Tanto los moralistas como los cínicos distorsionaron sus ideas y las llevaron sea al totalitarismo, sea a una apología del egoísmo inaceptable moralmente, pero además –como el propio HOBBES lo demuestra– absolutamente irracional, contradictoria en sí misma y conducente a una anarquía suicida. Simplemente, no entendieron las virtudes del realismo hobbesiano. Según HOBBES, el hombre natural –es decir, quien todavía no ha sido organizado por el Derecho– actúa en función de sus apetitos que lo atraen hacia ciertos bienes y circunstancias y sobre la base de sus aversiones que lo alejan de otros. El apetito fundamental es el deseo de obtener cada vez más poder, es decir, más capacidad de acción. De ellos sus detractores concluyen que el hombre sería, según HOBBES, un

egoísta supremo. Pero sucede que el mismo Hobbes indica que si el hombre no tuviera otra facultad natural adicional que es la razón –que se encarga de crear un orden y de liberar a la humanidad de Leviatán, es decir, del caos– cualquier interés individual sería destruido debido al desorden del estado natural. Por consiguiente, no puede entenderse el apetito de poder sin contar paralelamente con esa facultad terapéutica que sería la razón.

Por consiguiente, el mundo hobbesiano no está poblado de monstruos egoístas que persiguen ciegamente su interés aplastando a quien se encuentre en su camino sino de seres racionales que tienen ciertos objetivos individuales y que comprenden que para lograrlos deben organizarse en un orden. Sin ese orden, decía HOBBES, la libertad (el apetito de poder) se encuentra perjudicada porque al tratar todos a la vez de conseguir las mismas cosas terminan simplemente peleando al más bajo nivel y, lejos de aumentar sus posibilidades de elección, éstas disminuyen. Si dejamos actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación *"no habrá propiedad, no habrá dominio, no habrá distinción entre lo tuyo y lo mío"*[28]. Y en tal condición, agrega

> "no hay lugar para la industria porque no se tiene seguridad sobre el fruto del trabajo; y, consecuentemente, no hay cultura [...]; no hay conocimiento sobre la faz de la tierra; no hay una toma de consciencia del tiempo; no hay artes; no hay letras; y, lo que es peor de todo, hay solamente miedo permanente y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, sucia, brutal y corta"[29].

Paradójicamente entonces, según HOBBES, la regulación y el orden no recortan la libertad y la capacidad sino más bien la liberan de trabas y la posibilitan a niveles superiores de la acción humana.

Es de esta manera que la auto-regulación y el orden social pueden ser entendidos como manifestaciones inteligentes de la

28. Hobbes: *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 13.
29. Hobbes: *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 9.

libertad. La coerción estatal es un elemento todavía fundamental –¡no cabe duda!– para todo orden jurídico. Pero también es cierto que paralelamente se organiza un orden jurídico no estatal, con alcances transnacionales, que trae una fuerza propia. Esta fuerza independiente tiene su base tanto en la racionalidad de la acción humana como también en el costo político y económico que representa el desprestigio de un Estado que no cumple con los principios, convicciones comunes y compromisos que forman parte de la vida económica moderna.

1.7.4 Los grandes principios del Derecho internacional consuetudinario de los negocios

Este nuevo Derecho internacional (o transnacional) ha ido desarrollando una serie de temas específicos, como puede apreciarse en la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial y en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Sin embargo, más allá de los aspectos puntuales, ambos organismos internacionales dan cuenta de ciertas bases o principios que serían comunes a toda controversia transnacional.

La idea de que el Derecho contiene, ante todo, ciertos principios organizadores que permiten sugerir las grandes vías por donde deben encontrarse las soluciones de cada caso concreto, es probablemente una conquista del Derecho romano, en tanto que primer sistema jurídico que, sin perjuicio de su carácter práctico, intenta encontrar ciertos principios que respalden su casuística.

Es conocida la frase de PAULO, quien afirma que *"non ex regula ius summatur sed ex iure quod est regula fiat"*[30]. Esto es, el

30. Paulus, Digesto, 50, 17, 1

orden jurídico no es una mera sumatoria de reglas imperativas (*regula summatur*) sino que surge del Derecho (*ex iure*) que es lo que legitima y da nacimiento a las normas. De esta forma, los principios generales que conforman el Derecho dan nacimiento y justifican el cuerpo normativo; no al revés.

Es indudable, sin embargo, que muchas veces las reglas creadas por la autoridad política a su arbitrio no toman en cuenta los principios del Derecho. Pero entonces corresponde a la comunidad jurídica estudiar sus posibles puntos de conexión con tales principios e interpretarlas de manera que no colisionen esos elementos constructivos básicos sino que, por el contrario, contribuyan a reforzarlos a fin de conservar la sistematicidad del orden normativo que constituye la base de lo que denominamos Derecho desde la época romana. Dar leyes es quizá (no estoy tan seguro) labor de los políticos; pero organizarlas con un sentido coherente, concordando unas con otras a la luz de los principios generales del Derecho es la labor de los juristas, sean éstos ocasionalmente legisladores, sean jueces o árbitros, sean juristas académicos.

Además de este orden jurídico organizado "*top-to-bottom*"[31], para usar la expresión de H.L.A. HART, encontramos un sistema diferente de establecer normas obligatorias que podríamos denominar "*bottom-to-top*". Este es el caso cuando la creación de la norma se da por los jueces a través de los precedentes, como en el *common law*. Una vez establecido un precedente, éste tiene el mismo carácter de norma que una ley en razón del principio *stare decisis*; y, por tanto, recibe el apoyo del aparato político para ponerlo en práctica. Pero aquí, una vez más, los juristas (jueces, árbitros, abogados) que deben utilizar posteriormente las reglas así creadas, en la argumentación que realicen con ellas tendrán que organizarlas lógicamente, confrontarlas con los principios generales del Derecho y darles luego un sentido aceptable, procurando encontrar una concordancia entre todo ello.

31. H.L.A. Hart: *The Concept of Law*. At Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 42.

Los principios generales del Derecho no son, pues, figuras celestiales que brillan eternamente desde el Paraíso de los juristas. Son, más bien, construcciones históricas que responden a los valores, intereses y necesidades de una determinada cultura. Asimismo, esos principios acentúan más unos aspectos que otros según los tipos de relación jurídica a los que se aplican. De esta manera, los principios generales del Derecho transnacional pueden incluir criterios que no están presentes en el Derecho nacional.

Quizá el elemento central de los principios generales aplicables en Derecho transnacional es el de la buena fe, el cual aparece claramente establecido por la Convención de Viena sobre los Tratados, donde se prescribe que un tratado debe ser interpretado en buena fe, de acuerdo al sentido ordinario de los términos, teniendo en cuenta su objeto y su propósito.

Si bien la regla citada se aplica al Derecho Internacional Público –esto es, al que rige las relaciones entre dos o más Estados a través de tratados– no cabe duda de que esas normas promueven muchas reflexiones en otros campos de la relación transnacional y dan así lugar al nacimiento de instituciones o *standards* de carácter insoslayable para la correcta interpretación de los contratos internacionales entre partes privadas o entre un Estado y una parte privada extranjera.

Asimismo, la distinción antes indicada entre el Derecho Internacional Comercial común y el Derecho Internacional de la Inversión crea variantes y desarrollos del principio de la buena fe que pueden ser aplicados al segundo pero no necesariamente al primero. Y ello obedece a que, mientras el Derecho internacional comercial coloca uno frente a otro a dos comerciantes que quieren hacer negocios y se seducen recíprocamente, en el caso del Derecho de la Inversión extranjera es un Estado quien seduce a los particulares para que inviertan dentro de sus fronteras, ofreciéndoles toda clase de seguridades. Como dice WÄLDE,

> "En el arbitraje comercial no está en juego el abuso de potestades gubernamentales, que constituye, en cambio, un aspecto medular de las normas sobre adecuada gestión previstas en los tratados de protección de inversiones. De lo que se trata es de impedir que un gobierno abuse de su papel como soberano y regulador"[32].

Esto da lugar a que en el arbitraje internacional comercial, por ejemplo, el principio de la buena fe se expresa a través del criterio de *cavent emptor* y exige la debida diligencia del comprador, a fin de evitar perturbaciones del mercado sobre la base de continuas reclamaciones por parte de los compradores una vez que tienen en su poder el bien adquirido. En el arbitraje transnacional de inversión, ese principio de buena fe se manifiesta fundamentalmente en el respeto del Estado receptor de las promesas que realizó para atraer la inversión extranjera y se plasma en los *standards* del trato correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*), el respeto a las expectativas legítimas (*legitimate expectations*), y el rechazo a la confiscación de bienes y, muy particularmente, a la confiscación indirecta (*creeping expropriation*).

Una consecuencia fundamental de que estos conceptos constituyan principios generales del Derecho Internacional, basados en la costumbre, es que pueden ser aplicados aun cuando no hayan sido expresamente pactados en un Convenio de Estabilidad Jurídica o en un Tratado Bilateral de Inversiones. Tienen fuerza normativa propia. Y es también por ello que constituyen parte de un "*standard* mínimo" en las relaciones entre un Estado y un particular de otra nación en lo relativo a inversión.

Revisaré brevemente los tres *standards* fundamentales del Derecho Internacional de la Inversión, a fin de situar de manera más concreta el campo al que se refiere este ensayo.

32. Prof. Thomas Wälde: *Opinión independiente* de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: International Thunderbird Gaming v Los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo 13.

1.7.4.1 El trato correcto y equitativo

Esta institución o *standard* se deriva de la buena fe y tiene una historia dentro del Derecho Internacional consuetudinario e incluso dentro de ciertos Derechos nacionales[33]. Pero en los últimos años ha tenido un importante desarrollo sobre todo dentro del Derecho Internacional de la Inversión.

El principio prescribe un trato correcto y equitativo –la palabra del ingles *"fair"* no tiene una traducción precisa en español– lo que implica que el inversionista reciba, a lo largo de las relaciones establecidas con el Estado receptor en el marco de su inversión, un tratamiento imparcial, honesto, sin arbitrariedad ni discriminación, proporcionado a lo pactado y a las legítimas expectativas, regido por un criterio de justicia amplio (equidad).

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los negocios, este principio ha pasado a constituir *"el **standard** más importante en las controversias sobre inversión"*[34]. Uno de sus aspectos supone la estabilidad jurídica, i.e., el mantenimiento de un entorno jurídico para la inversión fundado en la seguridad jurídica, que permita una predicción racional, sin sobresaltos ni impromptus. Por ejemplo se atenta con este principio cuando el Estado receptor de la inversión vacía las vísceras de un convenio de inversión a fin de darle al texto un sentido completamente contrario al normalmente esperado.

Dicho *standard*, si bien es por naturaleza uno de los principios generales del Derecho Internacional usualmente aceptados y, por tanto, tiene un origen consuetudinario, ha sido incorporado también en muchos Tratados Bilaterales de Inversión ya sea como parte del Preámbulo, ya sea como parte de las estipulaciones mismas del Tratado. Este hecho no "positiviza" el *standard*

33. Richard R. Kreindler: *Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Approach.* Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com, Junio 2006, p. 1.
34. Christoph Schreuer., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 JWIT 357, June 2005, p. 357.

–vale decir, no cambia su naturaleza principista, otorgándole valor sólo en tanto que norma positiva– sino que simplemente lo reconoce como principio y garantiza su uso en el razonamiento entre las partes y por los tribunales arbitrales. Es por ello que usualmente no se lo define sino que su mención positiva es sólo una referencia obligatoria a un principio de Derecho Internacional cuya definición se encuentra en esa costumbre formada por las prácticas y usos internacionales, la jurisprudencia y las opiniones de los tratadistas.

La expresión *"fair and equitable treatment"* tiene un sentido amplio. Sin embargo, como señala IOANA TUDOR, algunos Tratados Bilaterales de Inversión intentan no definir el concepto pero cuando menos ejemplificarlo con ciertos casos que sin duda constituyen una violación, tales como las restricciones de hecho o de derecho a la compra o transporte de materias primas o materiales auxiliares, de energía y de combustibles, así como de medios de producción o de explotación de toda clase, toda traba a la venta y al transporte del producto al interior del país o al extranjero, y todas las demás medidas que tengan un efecto análogo[35].

Un elemento sin duda especial de este *standard* es la prohibición de toda discriminación entre nacionales y extranjeros, así como entre nacionales de un país extranjero y los de otro país extranjero.

No cabe duda –y si la hubo antes, ésta ha sido descartada por la jurisprudencia internacional– que la palabra "equitativo" en la definición de este standard no significa que se autoriza al juzgador a decidir las controversias *ex aequo et bono;* particularmente, en el caso de los arbitrajes, si éste ha sido pactado de derecho no puede ser resuelto en vía de equidad aduciendo el *standard* mencionado. En realidad, el adjetivo "equitativo" (*equi-*

35. Ioana Tudor: *Great Expectations. The fair and equitable treatment's standard in the International Law of Foreign Investment*, tesis doctoral bajo la supervisión del Prof. Pierre-Marie Dupuy. European University Institute, Departamento de Derecho. Florencia, 2006, p. 168.

table) es utilizado en este caso en un sentido menos técnico, a partir de su derivación directa del latín donde evocaba la idea de *"igual, en igualdad de condiciones"*[36].

¿Significa esto, entonces que las calificaciones de "correcto" (*fair*) y "equitativo" (*equitable*) son redundantes? IOANA TUDOR hace una interesante distinción que salva el uso de ambas calificaciones como determinantes del *standard*. La expresión *"fair"*, nos dice, tiene un sentido fundamentalmente descriptivo, que indica el tipo de conducta que debe primar en el trato entre el Estado receptor y el inversionista y cuya desviación implica una infracción jurídica. La expresión *"equitable"* va más lejos, porque tiene además una finalidad correctiva: orienta al juzgador en el sentido de restablecer el equilibrio, lo emplaza a volver a colocar la relación entre las partes en condiciones de igualdad[37].

1.7.4.2 Legítimas expectativas

El respeto por las expectativas legítimas del inversionista se basa en que el Estado receptor hace normalmente declaraciones sobre las condiciones de la inversión extranjera, las que pueden ser formalmente vinculantes (como en el caso de las normas legales que expide al respecto o de los convenios que suscribe con los inversionistas) como pueden también ser declaraciones formalmente no vinculantes pero que crean la atmósfera de entendimiento con el inversionista extranjero. Y es como consecuencia de tales declaraciones que el inversionista puede calcular su interés de realizar la inversión y que se hace expectativas legítimas sobre la forma como será tratado y sobre lo que obtendrá como resultado.

Por lo tanto, dice el Prof. WÄLDE,

36. Raimundo de Miguel: Nuevo Diccionario Latino-español Etimológico. 9ª ed. Agustín Jubera. Madrid, 1889. *"Aequus: llano, igual, plano". Cf.* Lucrecio: *"ex aequo: de la misma manera"*; y Séneca: *"in aequo esse"* o *"in aequo stare"* por *"ser igual, estar en las mismas condiciones"*.
37. Ioana Tudor: *Op. cit.*, p. 173.

> "los textos jurídicos y la situación fáctica pertinentes deben verse a la luz del estrecho vínculo existente entre promoción de inversiones –tendiente a lograr que los empresarios extranjeros aporten su capital y sus esfuerzos a una situación nueva, extraña e intrínsecamente difícil y de alto riesgo– y protección de inversiones, es decir, la protección contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para hacer más atractiva a la economía del Estado receptor"[38].

De esta manera, en el arbitraje de inversión, la buena fe exige que la interpretación se realice *in dubio pro inversore*, considerándolo como la parte más débil de la relación, sometida a las actitudes cambiantes del Gobierno que hizo las promesas o celebró los contratos que alentaron la inversión. En buena cuenta, interpretar en caso de duda contra el Estado receptor es una forma contemporánea de aplicar el principio *in dubio contra proferentem*.

No cabe duda de que, derivado este principio del más genérico de la buena fe, tiene estrecho parentesco con el *standard* del tratamiento correcto y equitativo, constituyendo parte de ese *standard* mínimo que exige el Derecho Internacional al Estado receptor de la inversión. Francesco Costamagna, comentando el laudo del Tribunal de CIADI en el caso CMS v. Argentina, señala que el Tribunal fue tan lejos que llegó a afirmar que la conexión entre tratamiento correcto y equitativo y la estabilidad, *i.e.*, el respeto por las legítimas expectativas del inversionista, "no es diferente del *standard* mínimo del Derecho Internacional" y que así podía decirse que había adquirido una naturaleza consuetudinaria[39].

38. Prof. Thomas Wälde: Opinión independiente de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: International Thunderbird Gaming v.Los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo 13, citando al Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 2005, 175-185.

39. Francesco Costamagna: *Investor's Rights and State Regulatory Autonomus: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case*. Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com . Marzo 2006, p. 8. *Cf. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Laudo de 12 de Mayo 2005, 44 ILM 1205 (2005). párr. 284.

Es interesante destacar que las legítimas expectativas son importantes para calcular la compensación por daños y perjuicios en los casos de violación de los acuerdos de inversión o del *standard mínimo* de protección que otorga el Derecho Internacional.

Claro está que, como subrayan los PROF. THOMAS WÄLDE Y BORZU SABAHI, el principio de la expectativa legítima no puede tomarse como una sustitución de un compromiso formal legalmente válido. Este principio no conduce al "interés positivo" que podría haber existido en un futuro contrato que nunca tuvo lugar sino más bien a cubrir el "interés negativo" constituido por lo que dejó de ganar debido a una conducta no razonable y muchas veces directamente contraria a lo prometido por el Estado receptor[40].

Sin embargo, agrega el PROF. WÄLDE, los tribunales deben prestar gran atención a los factores que pudieran llevar a una reducción de la compensación, tales como las posibilidades que tenía el inversionista de reducir el daño o el riesgo[41].

1.7.4.3 La no confiscación de los bienes de un extranjero

El tercer principio internacional que debemos mencionar como parte del Derecho Internacional consuetudinario relativo a las inversiones es el que se refiere a la prohibición de confiscar los bienes de los extranjeros, entendiendo por este concepto la toma de los bienes arbitrariamente, discriminatoriamente y/o sin compensación o con una compensación minimizada.

En general, la doctrina internacional utiliza más bien la palabra "expropiación", pero –para incurrir en la violación del principio– la condiciona a que la propiedad haya sido tomada

40. Thomas Wälde y Borzu Sabahi: *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*. Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com . Junio 2006, p. 36.
41. *Loc. cit.*

sin el debido proceso, sin causa justificatoria o en razón de una causa que no hubiera sido válida frente a un nacional del país (discriminación) y/o que la compensación ofrecida no sea justa. Dentro de la terminología jurídica que utilizamos en el Perú, esto constituye una confiscación y tiene un carácter anticonstitucional, a diferencia de la expropiación que es un procedimiento legal sujeto a ciertas formalidades y circunstancias.

Esta regla internacional de la no expropiación (confiscación) de los bienes de extranjeros, dice GEORGE M. VON MEHREN[42], es tan antigua como el Derecho Internacional. Sin embargo, recientemente se ha expandido en forma considerable para seguir de cerca los modernos sistemas de apropiación por parte de los Estados de los bienes de los inversionistas extranjeros.

Una condición básica para entender que se ha infringido el principio internacional aún si se ha seguido un debido proceso y se ha previsto una compensación adecuada, es que el inversionista extranjero haya sido tratado diferentemente del nacional sólo por el hecho de ser extranjero. En otras palabras, en tal hipótesis, si las leyes de expropiación aplicadas al caso o el proceso de facto o si por interpretación de una ley se discrimina entre extranjeros y nacionales aplicando la expropiación sólo los extranjeros por ser tales, la reclamación internacional es posible.

Sin embargo, aún si la expropiación fuera común a extranjeros y nacionales, el extranjero todavía podría recurrir a las garantías del Derecho Internacional, si se han burlado los derechos y procedimientos reconocidos por *"las naciones civilizadas"*[43], lo que es parte del *standard* mínimo a nivel internacional.

42. George M. von Mehren: *Expropriation in Complex Cases Pursuant to Generally-Applicable Laws and Regulations.* Transnational Dispute Management (TDM). www.transnational-dispute-management.com. Junio 2006, p. 36. Al hacer esta cita, hoy 30 de Diciembre de 2006, quiero rendir homenaje al padre del autor del ensayo citado, el eminente Prof. Arthur Taylor von Mehren de la Universidad de Harvard, de cuyo fallecimiento acabo de enterarme, a quien tuve el honor de conocer personalmente y escuchar algunas de sus brillantes clases cuando estuve de *visiting scholar* en Harvard Law School en 1972.
43. Expresión utilizada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.

Hay un caso más complicado de expropiación-confiscación que merece una mención especial y es lo que en inglés se conoce como "*creeping expropriation*". Algunos han traducido esta expresión como "expropiación sigilosa", pero su traducción literal –bastante más gráfica– sería más bien "expropiación rastrera", es decir, una apropiación por el Estado que no se presenta directamente como expropiación sino que viene arrastrándose para pasar desapercibida, utilizando mecanismos que no son directamente una expropiación pero que indirectamente tienen los mismos efectos.

Esta expropiación indirecta puede darse en forma inmediata; por ejemplo, mediante una acotación descomunal de impuestos que lleva al embargo de los activos más importantes de la empresa, en forma desproporcionada e infundada, con infracción de los convenios de estabilidad suscritos entre el inversionista y el Estado receptor o de los Tratados Bilaterales de Inversión. Pero también puede tratarse de una expropiación progresiva en la que, a través de medidas administrativas o tributarias o de cualquier otro tipo, se va poco a poco debilitando a la empresa extranjera (o a su filial nacional) hasta obligarla a rendir sus activos básicos, esto es, una expropiación (o mejor, confiscación) que no se produce con una sola puñalada sino mediante mil pequeños cortes.

Algunos han llamado "descremación" a este tipo de expropiación o confiscación, por cuanto le quitan "la crema" a la inversión: se trata de uno o varios actos sucesivos que afectan el valor de la empresa y la posibilidad de operación normal, tales como la obligación de obtener unas licencias cuyas condiciones son imposibles o extraordinariamente onerosas o la aplicación de impuestos existentes pero en forma contraria a los Convenios de Estabilidad Jurídica (la violación del convenio puede aquí también ser directa o indirecta).

Un ejemplo de esta *creeping expropriation* lo encontramos en el caso Metalclad Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos

donde el Tribunal Arbitral en su laudo de 30 de Agosto de 2000 define la expropiación no solamente como una abierta apropiación de bienes sino que incluye "las interferencias, aún encubiertas e incidentales en el uso de la propiedad, que tienen el efecto de privar a su dueño, en todo o en una parte significativa, de uso o del beneficio económico de la propiedad razonablemente esperado, aún si no es necesario para considerar estos hechos como una expropiación] el beneficio obvio del Estado receptor"[44].

1.8 ¿Lex mercatoria rediviva?

Esta presencia tan notable de la costumbre dentro del actual Derecho Internacional de los Negocios, ¿permite hablar de una resurrección de la *lex mercatoria*? ¿Estamos ante el caso de un tipo de Derecho que, habiendo sido proscrito y sustituido por el orden jurídico moderno, ha salido de la tumba y, levantando la lápida textual, codificada, positivista, regresa para reclamar sus derechos a la existencia?

La respuesta no puede ser categórica. De alguna manera, estamos ante un renacer de la *lex mercatoria*; de otra manera, estamos ante un Derecho nuevo.

Y ello en parte obedece a que quienes hablan de *lex mercatoria*, sea para apoyarla, sea para rechazarla, no están siempre hablando de lo mismo[45]. Por ello se hace necesario precisar en cuál de los sentidos que se aplican a este término podemos encontrar una continuidad con el Derecho medieval y en cuál de esos sentidos la *lex mercatoria* contemporánea no existe o, cuando menos, tiene una naturaleza enteramente distinta de la medieval.

44. CIADI: *Metalclad Corporation v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 Agosto 2000, párr. 103.
45. W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson: *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a ed. Oceana Publications. Dobbs Ferry, NY., 2000, § 35.01, p. 623.

Si por *lex mercatoria* entendemos el uso, en la solución de conflictos transnacionales en materia comercial, de una costumbre internacional que surge de diversas fuentes (usos, jurisprudencia, doctrina) y que los tribunales arbitrales internacionales aplican, podríamos decir que estamos efectivamente ante una *lex mercatoria*.

Podemos incluso encontrar ciertas semejanzas en el espíritu de esta *lex* contemporánea con la *lex* medieval. En este sentido, puede decirse que ambas surgen de forma relativamente independiente del poder político, ambas pretenden ordenar las relaciones de los comerciantes (en el sentido amplio del término, como persona o empresa que hace negocios, efectúa inversiones, etc.) tanto entre sí como con los Estados en los que actúan, ambas se proponen proteger al comerciante extranjero frente al abuso del poder político local, ambas desarrollan conceptos e instituciones para manejar de manera más adecuada las relaciones comerciales a distancia.

Sin embargo, una y otra son el producto de un medio económico y social fundamentalmente diferente.

Mientras que la *lex mercatoria* medieval es el producto de una manifestación temprana del comercio internacional, cuando se encontraba todavía *in cunis involutus*, el desarrollo de la costumbre comercial transnacional de nuestros tiempos es el resultado de la necesidad de soluciones jurídicas nuevas que provienen de ese fenómeno único que es la globalización. No es posible comparar las relaciones económicas de la Edad Media con las del mundo contemporáneo, ni en el volumen de las operaciones ni en la naturaleza de éstas ni en los medios técnicos para financiarlas y realizarlas. El mundo económico internacional de nuestros días no se limita a ferias ambulantes que traen un limitado número de mercancías y cuyo objeto de comercio consiste básicamente en productos superfluos (sedas, perfumes, especies, etc.). En la actualidad, el mundo se encuentra entrelazado económicamente a través de la producción y distribución de todos los

productos necesarios para la vida humana: la economía de autoconsumo e incluso el mercado local no significan gran cosa dentro de este contexto. Basta con tomar un objeto cualquiera en la mano y pensar en todos los países que de alguna manera han contribuido a su fabricación (tanto en sus materias primas como en su tecnología y en las máquinas e instrumentos necesarios para producirlo) para comprender que el mundo entero está presente en cada artículo que usamos en cada momento de nuestra vida.

Por consiguiente, si pensamos –como creo que es inevitable- que el Derecho es el resultado de la Historia, la que lo va modelando y transformando conforme evolucionan las culturas, los valores en los que creen los pueblos y las necesidades que éstos tienen de un tipo de orden determinado para un sistema social y económico determinado, tenemos que llegar a la conclusión de que estamos ante un nuevo Derecho consuetudinario con características propias. En este caso, tendríamos que abandonar la tesis de una resurrección de la *lex mercatoria* medieval. Y si, por una cuestión de romanticismo, no queremos perder un nombre con tanta tradición, tendríamos que redefinir lo que es la *lex mercatoria*, dejando solamente unos elementos muy genéricos de identificación a fin de que tal denominación pueda comprender tanto el pasado como el presente sin sacrificar uno al otro.

Sin embargo, siguiendo el consejo clásico *"Res, non verba"*, debemos preocuparnos antes por el concepto del cual estamos tratando que por el nombre con el cual lo reconoceremos si es antiguo o lo bautizaremos si es nuevo. Esta amena discusión sobre la *lex mercatoria* sólo será aceptada como un tema importante para el arbitraje internacional si para estudiarla comenzamos por sumergirnos *in media res*.

2. Ley Internacional y Ley Nacional

2.1 Lex mercatoria y globalización

En la primera parte de este ensayo[46], habíamos concluido que se podía denominar *Lex mercatoria* a ese nuevo Derecho Internacional de los Negocios como una memoria del pasado; pero a condición de tener muy claro que ese Derecho Internacional al que nos referimos hoy en día tiene un origen propio en las circunstancias de nuestro tiempo y, de otro lado, abarca un campo bastante mayor que el del intercambio internacional de bienes y servicios.

Notemos que, en lo que se refiere al origen, estamos ahora frente a un producto de la globalización. No se trata de regular la actividad complementaria y esporádica de unos comerciantes viajeros que se aparecen de tiempo en tiempo por el pueblo con mercaderías exóticas sino de regular un sistema mundial de relaciones económicas que se ha convertido en el soporte de toda la economía y cuyo funcionamiento regular es una condición para la satisfacción de las necesidades de prácticamente todo ser humano. Y la prueba es muy sencilla: si tomamos cualquier objeto y examinamos cuantos países están representados en él a través de sus insumos, de sus procesos de fabricación, de los insumos de las maquinarias que se utilizaron para fabricarlos, etc. veremos que nadie vive por su cuenta y en aislamiento, nadie se abastece a sí mismo, sino que requerimos del mundo que nos rodea.

En lo que se refiere al contenido, hoy en día ese nuevo Derecho comprende no sólo la regulación jurídica de los intercambios internacionales de bienes y servicios sino también –y en forma muy destacada– la inversión extranjera.

46. *Supra* I-8. *Lex mercatoria redivivus!*

Sin embargo, no cabe duda también de que hay ciertas similitudes con la antigua *Lex mercatoria*: su característica de Derecho consuetudinario, su protección al extranjero, la simplificación de los procedimientos y el tratamiento conceptual a partir de hechos concretos a partir de los cuales se establecen principios generales y no de teorías puramente formales de las cuales se deducen preceptos abstractos.

2.2 El problema

Nos toca ahora analizar las relaciones entre ese nuevo Derecho Internacional y el Derecho Nacional –o Municipal, como también se le llama– que ha tenido una fuerza exclusiva y excluyente durante los dos últimos siglos.

Como sabemos, el paso de la Edad Media a la modernidad llevó a la formación del Estado-Nación, dejando de lado las diferencias culturales y tradicionales de los diferentes grupos sociales e incluso étnicos que integraban la Nación, de manera de constituir un sólo Estado. Y este Estado se afirmó por encima de toda desigualdad, unificando la sociedad desde el punto de vista jurídico.

Pero, paralelamente, estos nuevos Estados modernos afirmaron su individualidad distinguiéndose unos de otros, asegurando las fronteras dentro de las cuales el Estado debía ser todopoderoso. Las corrientes democráticas que se impusieron posteriormente no restaron poder a ese Estado ni tampoco debilitaron su independencia radical frente a los otros Estados sino que redistribuyeron el acceso a ese Poder Supremo en el interior de cada Estado convertido en una Nación única. Pero externamente, el Estado no estaba sometido a ninguna otra autoridad, cualquiera que fuese la fuente del poder externo.

Como consecuencia de ello, el Derecho consuetudinario sufrió un marcado encogimiento hasta quedar reducido a su

mínima expresión tanto en la regulación interna de la sociedad como en la relación entre Estados.

Sin embargo, vemos que la globalización nos lleva a superar fronteras, a sustituir la noción desarticulada de comunidad internacional desde una perspectiva de soberanía absoluta, por la de articulación de poderes nacionales que se combinan internacionalmente y que, como resultado de tal articulación surgen nuevos sistemas jurídicos de carácter transnacional.

Estos sistemas jurídicos se organizan en parte con la ayuda de tratados internacionales y en parte (importante) con la construcción de una nueva costumbre internacional.

Sin embargo, estos dos caminos no son alternativos sino que, por el contrario, se estimulan mutuamente: los tratados sirven de base y de aliciente a una interpretación de carácter consuetudinario; y a su vez la naciente costumbre internacional sirve igualmente de base y de aliciente para la suscripción de tratados internacionales. En la materia normada por los Tratados Bilaterales de Inversión o BIT (según su sigla en inglés), podemos observar una activa interacción entre tratado y costumbre.

El problema se presenta cuando ese Derecho Internacional de los Negocios o Derecho Transnacional o *lex mercatoria* moderna, como se prefiera llamarla, entra en competencia con la ley nacional.

Evidentemente, si se ha celebrado un tratado que contiene una regla explícita sobre el tema, será esa regla que regirá por encima de la ley nacional. Empero si, como sucede normalmente, la situación involucra tanto aspectos contenidos literalmente en el tratado como también aspectos que son fruto del desarrollo de la costumbre internacional, la ley nacional puede sentir la tentación de impedir que esas normas consuetudinarias y principios internacionales –que no tienen como fuente un acto soberano del Estado en el que se pretenden aplicar– sean dejados de lado.

Asimismo, la redacción de los Tratados Bilaterales de Inversión contiene usualmente más principios generales que reglas específicas, debido a la naturaleza de la materia tratada. Esto significa que, para llegar a la aplicación práctica del Tratado, será preciso recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, vale decir, a las costumbres jurídicas internacionales.

2.3 El derecho de la inversión

En esta segunda parte, me voy a referir a la relación -que puede presentarse como un fenómeno de colisión o de integración- entre ese Derecho Internacional en formación y el Derecho Nacional. Y quiero por el momento limitarme a estudiar esa interacción en el caso de la protección jurídica de la inversión extranjera. Queda todavía un inmenso campo de estudio a este respecto en lo que se refiere al Derecho que regula los intercambios internacionales (compra venta, locación de servicios, etc.). Pero prefiero poner el acento por el momento en el Derecho de la Inversión, por cuanto es el área que aparentemente demuestra ser la más innovadora y efervescente a través de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales.

2.3.1 Aplicación de la ley nacional

2.3.1.1 Convenio sobre ley aplicable

Como es evidente, quien habla de Derecho de la Inversión no puede dejar de hacer mención, en primer lugar, a la Convención de Washington y al foro del Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversión (CIADI).

¿Cuál es la ley que rige en los casos de controversias ventiladas por los Tribunales Arbitrales CIADI? ¿Es que se aplica el Derecho Económico Internacional consuetudinario o se aplica el

Derecho nacional del país donde se realiza la inversión o quizá el del país del inversionista extranjero?

La regla que controla esta situación se encuentra contenida en el artículo 42 del Convenio de Washington, cuya primera parte a la letra dice: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables".

De esta forma queda perfectamente claro que, de acuerdo a la naturaleza contractual de los arbitrajes, las partes son las que tienen la palabra respecto de la ley aplicable: pueden escoger la del país donde se realiza la inversión o la del país al que pertenece el inversionista o la de un tercer país cuyo derecho ellas consideren que tiene una aplicación más generalizada en ciertos campos específicos (especialmente cuando intervienen aspectos técnicos) o que, por cualquier otra razón, consideren más conveniente para ambas.

Notemos que, en el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo en este punto, el Convenio de Washington otorga imperio a la ley nacional del país que recibe la inversión.

2.3.1.2 ¿Puede ser tácito el convenio sobre ley aplicable?

En realidad, si el convenio tácito parece referirse a la ley nacional del país que recibe la inversión, el problema jurídico de interpretación del convenio se desvanece en la práctica. En esa hipótesis, la solución es exactamente igual si se reconoce ese convenio tácito o si no se reconoce: en cualquiera de los dos casos, sea por aplicación del convenio tácito, sea por aplicación de la regla supletoria del artículo 42, rige la ley nacional del país que

recibe la inversión. Pero, ¿qué sucede si ese convenio tácito parece señalar la ley nacional del inversionista o la de un tercer país?

En este caso, los intérpretes de la Convención CIADI recomiendan en general extrema precaución frente a la posibilidad de inferir un convenio tácito sobre ley aplicable.

Aceptar fácilmente los convenios "tácitos", dice OKERZIE CHUKWUMERIJE[47], puede llevar a subvertir la regla del artículo 42 que claramente señala que en ausencia de pacto se aplica la ley del Estado que es parte en la controversia. Solamente debe considerarse que hay un pacto implícito cuando la conducta de las partes en el arbitraje muestra de manera incontestable que ambas están de acuerdo en la ley aplicable. Esto significa que lo sano es entender que el pacto debe ser expreso y que la ausencia de tal pacto hace aplicable la elección supletoria que realiza el artículo 42, *i.d.* la ley nacional del país que recibe la inversión.

Por otra parte, como afirman SHIHATA Y PARRA, *en Applicable Sustantive Law*, la elección del Derecho aplicable a las controversias que pudieran resultar de un cierto contrato o convenio internacional tienen que ser evidenciadas "con razonable certeza" en el texto del contrato o en las circunstancias del caso[48].

2.3.1.3 ¿Puede entenderse que la mención a una norma nacional específica dentro del contexto del contrato somete la discusión sustantiva de la materia arbitral a la ley nacional citada?

La doctrina se inclina en el sentido de que la mención de –o incluso el sometimiento a– una ley nacional en un aspecto puntual no significa que todo el contrato haya sido colocado bajo el

47. Okerzie Chukwumerije: *International Law and Article 42 of the ICSID Convention*, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 3 (1997), pp. 79-102.

48. I.F. Shihata y A.R. Parra, *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, 9 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 183, p. 190 (1994).

control de tal ley nacional. Solamente aquella parte específica que ha sido expresamente vinculada a una norma legal a su vez específica, queda regida por ella.

Como señala CHRISTOPH H. SCHREUER,

> "Como regla general, no es convincente aceptar una mención en un Convenio a una provisión de la ley doméstica o incluso a todo un cuerpo de legislación, como si se tratara de una opción general para la aplicación de la ley doméstica cuyas provisiones han sido citadas. Este argumento *pars pro toto* no es lógico ni tampoco es indicativo de la intención de las partes"[49].

Por consiguiente, se trata de referencias normativas vinculantes respecto de aspectos específicas, que no inhiben al Tribunal para usar la segunda frase del artículo 42 de la Convención CIADI y aplicar la ley nacional del país que recibe la inversión. Y agrega SCHREUER:

> "Por consiguiente, la referencia a aspectos específicos del Derecho del Estado receptor pueden ser vistas como formas de clarificar ciertos detalles concernientes a la aplicación de tal ley, pero no pueden ser tomadas como un acuerdo general implícito para usar tal ley como aplicable"[50].

Asimismo, GUIDO TAWIL refuerza esta idea al decir que debe tenerse en cuenta que la mera mención en un texto contractual de alguna regla de la ley doméstica o aún de un texto completo de legislación, no es una indicación confiable de que ello implica un acuerdo general sobre la ley aplicable[51].

49. Christoph H. Schreuer: *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press. Par. 49, p. 576.
50. Christoph H. Schreuer: *Loc. cit.*
51. Guido Santiago Tawil: *Applicable Law*. Dispute Settlement. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations, 2003, p. 12.

Por tanto, dado que no es posible saltar de reglas particulares a la convicción de que existe un acuerdo general sobre ley aplicable en caso de arbitraje, si no hay propiamente un acuerdo entre las partes sobre ley aplicable, debe regir la alternativa prevista en el artículo 42, esto es, la aplicación del sistema jurídico del Estado receptor más las reglas del Derecho Internacional pertinentes.

Sin embargo, respecto de este punto es preciso hacer la salvedad que hemos anotado anteriormente: si no hay acuerdo sobre ley aplicable y la mención a una ley específica sobre un asunto específico se refiere a la ley nacional del país que recibe la inversión, la discusión carece de razón de ser porque se encuentra resuelta en la práctica. En efecto, sea que se admite esa mención como ley general aplicable o sea que no se la admita (y, por tanto, no hay convenio sobre ley general aplicable), tendrá que aplicarse la ley nacional del país que recibe la inversión. Claro está que, a pesar de ello, por razones lógicas, es conveniente precisar, como lo hacen SCHREUER Y TAWIL, que una ley aplicada a un aspecto parcial no puede ser extendida hasta convertirla en ley general de aplicación a la controversia.

2.3.1.4 ¿Puede la ley aplicable ser pactada por partes?

Cabe una pregunta más. Suponiendo que las partes decidan pactar sobre ley aplicable (de modo que no hay el problema de un convenio tácito), ¿pueden éstas acordar diferentes leyes aplicables según los temas involucrados en la controversia?

Al respecto GUIDO TAWIL hace notar que el artículo 42 antes citado no habla de pactar un cierto "sistema jurídico" sino unas ciertas "reglas de derecho". Esto, dice TAWIL, lleva a la conclusión de que se pueden pactar leyes específicas y diferentes para los diversos aspectos que contiene el convenio[52].

52. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 8.

2.3.2 *Intervención del Derecho Internacional*

Hasta aquí todo parece relativamente claro. Pero el artículo 42 de la Convención de Washington agrega también que se aplica el Derecho Internacional. Cabe preguntarse, entonces, ¿cómo y cuando se aplica esa última parte de la regla citada que ordena el sometimiento de las partes a un derecho no convenido por ellas y ajeno a ellas, compuesto por tratados y por costumbres que se muestran a través de la doctrina reiterada y de la jurisprudencia arbitral?

2.3.2.1 Ley internacional ¿supletoria o correctiva?

Lo primero que debemos estudiar es cuáles son los efectos de la confluencia de la ley internacional con la ley nacional para uno y otro tipo de ley dentro de la controversia. En otras palabras, cuando la ley internacional y la ley nacional concurren pero no coinciden, ¿cuál de las dos prima?

Una primera respuesta podría ser que la ley internacional simplemente llena las lagunas de la ley nacional, se ubica en los vacíos que ésta deja. Pero, si existe un conflicto frontal, si el razonamiento que resulta de la aplicación de la ley internacional se opone al que resulta de la ley nacional, ¿cuál de los dos prima? En otras palabras, la mención a la ley internacional del artículo 42 de la Convención de Washington, ¿implica que ésta interviene solamente con un carácter supletorio o que su intervención hay que entenderla con carácter correctivo? Esa es la gran cuestión.

Esta pregunta no pasó desapercibida para quienes redactaron la Convención de Washington. Y es así como la respuesta a esta pregunta la da claramente A. BROCHES, quien fue el Presidente de la Comisión redactora de la Convención CIADI.

Este jurista explica que: "El Tribunal debe acudir primero a la ley del Estado que recibe la inversión (*host State)* y es esa ley la que deberá ser aplicable en primera instancia a los puntos de la controversia. Luego, el resultado debe ser puesto a prueba confrontándolo con el derecho internacional. Este procedimiento no implica confirmar o denegar la validez de la ley del Estado recipiente de la inversión, pero puede concluir que esa ley nacional no es aplicable cuando esa ley, o las acciones adoptadas bajo esa ley, violan el Derecho Internacional. En ese sentido... el Derecho Internacional es jerárquicamente superior a la ley nacional conforme a lo dispuesto en el artículo 42".

En otras palabras y siempre en términos de BROCHES, "el Derecho Internacional no cuestiona el poder del Estado soberano para darse sus propias leyes, pero puede sostener que ese Estado es responsable por daños y perjuicios en favor del inversionista cuyos derechos ha violado mediante un acto inconsistente con el Derecho Internacional".

A partir de estas declaraciones primeras, la doctrina y la jurisprudencia del CIADI han avanzado mucho en este tema dejando establecido que, en todos los casos, el Derecho Internacional tiene un doble papel: suple las lagunas del Derecho local pero también lo corrige cuando infringe los *standards* internacionales[53].

Definitivamente, la jurisprudencia del CIADI ha establecido el predominio del Derecho Internacional cuando se produce una confrontación con el Derecho nacional, particularmente en aquellos temas que se consideran básicos para las relaciones económicas internacionales[54].

53. Guido Santiago Tawil: *Op.cit.* p. 23.
54. *Vid. Kloekner v. Republic of Cameroon* (1985) 2 ICSID Reports 9; *vid. etiam Amco Asia Corporation v. The Republic of Indonesia* (1986) 1 ICSID Reports 377.

Es así como, en el caso Klockner v. Cameroon, la Comisión Ad-hoc nombrada para resolver el pedido de nulidad estableció en su Resolución que el Derecho Internacional tiene *"un doble rol, esto es, complementario (en el caso de una 'lacuna' en el Derecho del Estado) o correctivo, en la medida de que la ley del Estado no sea conforme en todos sus puntos con los principios del Derecho Internacional..."*[55].

Asimismo, en el caso Amco v. Indonesia, el segundo Tribunal, que conoció el recurso de nulidad, emitió una resolución aún más radical, en la que directa y claramente señalaba que

> "donde hay leyes aplicables del Estado receptor, éstas deben ser controladas por el Derecho Internacional, el cual prevalecerá en caso de conflicto. Así, el Derecho Internacional es plenamente aplicable y clasificar su papel como ´solamente suplementario y correctivo´ parece una distinción que no hace ninguna diferencia"[56].

Esta interpretación del artículo 42 de la Convención CIADI es aún más determinante en los casos en que la ley nacional infringe el *pacta sunt servanda* o la aplicación del principio de la buena fe.

Debe tenerse en cuenta que, en el Derecho Internacional, el principio de la buena fe (que también es crucial en el Derecho nacional) resulta una piedra angular que es la base no sólo de muchas interpretaciones sino también de muchos desarrollos de ese Derecho consuetudinario internacional.

Si, por ejemplo, el Estado recipiente de la inversión ha nacionalizado o confiscado la propiedad del inversionista extranjero o si ha utilizado en cualquier forma su ley para despojarlo, no cabe duda de que el Tribunal Arbitral de ICSID emitirá su laudo al margen de esa ley nacional y sobre la base del Derecho Internacional que obliga a actuar con buena fe.

55. Comisión *ad hoc*. Decisión de Nulidad, 3 de May de 1985. *2 ICSID Reports 122.*
56. *Resolución de Anulación de 5 de Junio de 1990*, 1 ICSID Reports 580.

Como señala W. MICHAEL REISMAN,

> "Un Tribunal del CIADI actuando dentro del marco de un Tratado internacional, es un órgano del Derecho Internacional y no es posible imaginar que admita acuerdos o procedimientos que violan las normas fundamentales del Derecho Internacional o que atentan contra la consciencia del mundo"[57].

Y en materia de las relaciones contractuales transnacionales, no cabe duda de que la regla de *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe, constituyen parte fundamental de las normas del Derecho Internacional.

Por su parte, CHRISTOPH H. SCHREUER da fe de que

> "La fórmula de efecto supletorio y correctivo del Derecho Internacional ha sido desde entonces ampliamente aceptada. La mayor parte de los comentaristas de este aspecto del artículo 42 (1) están de acuerdo en que la función del Derecho Internacional es llenar las lagunas del Derecho doméstico, pero también constituir un remedio contra las violaciones del Derecho Internacional que puedan presentarse a través de la aplicación del Derecho del Estado receptor"[58].

2.3.2.2 *¿Cuándo interviene el Derecho Internacional?*

Siempre dentro del contexto del CIADI, cabe preguntarse si el Derecho Internacional puede intervenir en todos los casos o si solamente es admisible cuando las partes no han hecho elección de ley aplicable. Como se ha visto, el primer acápite del artículo 42 de la Convención de Washington prevé dos situaciones: (a) en su primera frase, trata el caso de que las partes hayan acordado una ley aplicable; y en la segunda frase trata el caso de que no exista tal acuerdo y, por tanto, se aplica la ley del país receptor

57. W. Michael Reisman: *The regime of lacunae in the ICSID choice of law provision and the question of its threshold*, en ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, No. 2, (2000).
58. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 131, p. 623.

de la inversión. Ahora bien, al final de la segunda frase se incluye la expresión: "y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables".

¿Significa esto que el Derecho Internacional sólo se aplica en la segunda de esas situaciones, *i.e.*, cuando no hay acuerdo entre las partes? ¿O acaso esa última frase de la segunda frase se aplica a ambas situaciones, tanto las comprendidas en la primera frase como en la segunda?

En realidad, si el Derecho Internacional interviene como control cuando la ley nacional del país receptor se aplica porque no ha habido acuerdo entre las partes, no vemos la razón por la que no deba aplicarse cuando esa misma ley nacional se aplica como resultado de un acuerdo. Si el Derecho Internacional tiene una acción –cuando menos para determinar responsabilidad por daños y perjuicios del Estado receptor– más allá de lo que disponga la ley del país, como era la idea de ARON BOCHES al redactar la Convención de Washington, ciertamente esa acción no se encuentra afectada por el hecho de que la ley nacional hubiera sido adoptada para el arbitraje de una u otra forma: Estamos siempre ante el Derecho Internacional y la ley nacional.

Dentro de esta línea, la jurisprudencia de los Tribunales CIADI ha optado por la interpretación genérica, afirmando de manera consistente que el Derecho Internacional se aplica en todos los casos[59].

Un caso en el que afirmó este criterio fue el de SPP v. Egipto, donde se discutía precisamente si se aplicaba la ley nacional egipcia o si, conforme a la alternativa del artículo 42, se aplicaba ésta y además el Derecho Internacional. Y el Tribunal declaró –ya en 1992– que este desacuerdo no tenía ningún sentido, por cuando la ley internacional es aplicable siempre, afirmando que, aun cuando fuera cierto que existía un acuerdo tácito para la

59. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 9.).

aplicación de la ley egipcia, este acuerdo no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas situaciones[60].

También en un caso CIADI que involucró al Perú, el Tribunal, amparándose en las opiniones de SCHREUER expresó en su Resolución de jurisdicción que *"aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEI Bermuda, este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional"*[61].

El experimentado árbitro GUIDO SANTIAGO TAWIL subraya que la exclusión total del Derecho Internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo Derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre TAWIL, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión[62] y que está en la base de este nueva *lex mercatoria* (en el sentido amplio del término), como fue indicado en la primera parte de este trabajo.

"Por consiguiente", agrega TAWIL,

> "deben preservarse ciertos *standards* internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las

60. *SPP (Middle East) Ltd. v. Republic of Egypt* - Laudo de 20 de Mayo de 1992, en Caso CIADI No. ARB/84/3.
61. *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. República del Perú*. Caso CIADI No. ARB/03/28. Decisión sobre competencia, 1° de Febrero de 2006, para. 162.
62. Guido Santiago Tawil: *Op. cit.*, p. 10.

partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatorias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales"[63].

También SCHREUER advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional,

«Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: 'promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo'»[64].

Y SCHREUER concluye, en tono categórico, que "...la práctica de los Tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [*policy*], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el Derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente". Y, en otro pasaje del texto citado, dice que

"El peso de los argumentos reseñados más arriba, militan fuertemente a favor de la preservación de *standards* internacionales mínimos, aun en el caso de ausencia de una referencia al Derecho Internacional en la cláusula que recoge el acuerdo sobre la ley aplicable"[65].

63. Guido Santiago Tawil: *Loc. cit.*
64. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 67, p. 588.)
65. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 63, p. 586.)

Esta idea del *standard internacional mínimo* no es nueva. Como señala RUDOLPH DOLZER,

> "los orígenes del concepto se caracterizan por la convicción de la comunidad internacional de que cada Estado debe ser sometido a *standards* internacionales de decencia y civilización en su relación con los otros Estados y con los extranjeros sujetos a su jurisdicción"[66].

Si bien esta idea se remonta a la *lex mercatoria* medieval, como se ha indicado en la primera parte de este ensayo, y que pueden encontrarse derivaciones modernas de este principio desde el S. XVIII, uno de los primeros juristas contemporáneos que planteó el tema fue ELIHU ROOT quien, ya en 1910, sostenía:

> "Cada país está obligado a dar a los nacionales de otro país, en su territorio, el beneficio de las mismas leyes, la misma administración, la misma protección, y la misma compensación por daños, que la que da a sus propios ciudadanos, no más ni menos: a condición de que la protección que el país da a sus propios ciudadanos sea conforme con el *standard* establecido de civilización"[67].

2.3.3 *Naturaleza del Derecho Internacional*

Dada, entonces, la importancia que se asigna a este Derecho Internacional (o *standard internacional mínimo* para el inversionista, como a veces se lo denomina), hace apremiante la respuesta a una pregunta medular: ¿En qué consiste ese Derecho Internacional? Si parece insalvable la aplicación de la ley internacional, haya acuerdo sobre una ley doméstica o no lo haya, urge preguntarnos en qué consiste ese Derecho Internacional omnipresente en toda relación jurídica internacional de inversión.

66. Rudolf Dolzer: Comunicación personal, 6 de Junio de 2006.
67. Elihu Root: The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad, American Journal of International Law vol. 4 (1910), pp. 517, 521 f.; cit. por Rudolf Dolzer: Comunicación personal, 6 de Junio de 2006.

OKERZIE CHUKWUMERIJE nos dice que, cuando se debatió el artículo 42 de la Convención de Washington durante el proceso de redacción, la Comisión, al hablar de ley internacional, se estaba refiriendo a *"convenciones relevantes, costumbres internacionales, principios generales del Derecho como fuente subsidiaria, decisiones judiciales y doctrina establecida por los expertos del Derecho Internacional"*[68].

Pero ciertamente lo más conclusivo a este respecto es el propio Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados , donde se aclara que

«El término "derecho internacional", cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados»[69].

Esto nos lleva a tocarle la puerta a la Corte Internacional de Justicia para saber lo que contiene ese Derecho Internacional. Y, en el artículo citado del Estatuto de dicha Corte, encontramos que:

> "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

68. Okerzie Chukwumerije: *Op. cit.*
69. http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/basic-spa.htm

Tenemos así la lista completa. Los Tribunales CIADI han aplicado esa noción de Derecho Internacional y así encontramos en su jurisprudencia que, obviamente, los tratados y convenciones internacionales son normas de aplicación obligatoria entre las Partes suscriptoras. Pero también lo son las decisiones arbitrales que, aunque no constituyen precedente obligatorio, han sido muy utilizadas por los Tribunales CIADI en casos posteriores[70]. También las publicaciones académicas sobre varios puntos de Derecho Internacional han sido recogidas por estos Tribunales[71]. Y estas últimas categorías forman parte del Derecho internacional aplicable porque constituyen el Derecho Consuetudinario Internacional[72].

Por consiguiente, un aspecto muy interesante de la concordancia con el Estatuto de la Corte de la Haya es que permite el acceso a otras normas que pudieran parecer más elusivas –en tanto que no constan en un texto expreso y ratificado– pero que pueden ser hasta más importantes que los tratados en ciertos casos. Aun cuando el artículo del Estatuto antes citado distingue entre ellas a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, la costumbre internacional, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y la doctrina, estas tres fuentes de derecho constituyen –con variantes propias, sin duda– un cuerpo de principios que sobre esas bases fundamentales construye incesantemente la jurisprudencia y la doctrina, los que representan los fundamentos de las relaciones jurídicas internacionales en nuestro tiempo como resultado del proceso jurídico de creación de normas indispensables para el desarrollo de la moderna economía globalizada.

Por tanto, resulta muy claro que en Derecho Internacional –y quizá también en el Derecho a secas– la noción de "norma jurídica" no se reduce a los tratados (o a la ley, en el plano nacional). El profesor ALEJANDRO GUZMÁN BRITO sostiene, con una cla-

70. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 110, pp. 616-617.
71. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 118, p. 617.
72. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 123, p. 618.

ridad meridiana, que "Norma jurídica no es sinónimo de ley"; y agrega: *"A mi modo de ver, la idea de norma jurídica, con ser precisa en su estructura lógica, o más propiamente deontológica, es tan amplia, que bajo ella puede entenderse desde luego a las leyes, pero también a la costumbre, la jurisprudencia, lo mismo que a la doctrina"*[73].

2.3.4 *Los principios del orden jurídico internacional consuetudinario*

Ahora bien, dado que ese edificio de las relaciones internacionales está en pleno proceso de construcción en la medida que avanza la globalización, esas reglas-principios van a su vez asentándose cada vez más, afinando sus conceptos y asumiendo nuevas circunstancias y situaciones.

El Derecho Internacional Consuetudinario nos aporta los elementos más dinámicos del sistema porque es un Derecho en evolución constante, que va formándose día a día, a través de la doctrina y de la jurisprudencia, con un crecimiento por capas que se superponen unas a otras, dándoles mayor espesor a sus principios o quizá modificándolos según las circunstancias, ya sea recortando las anteriores o, por el contrario, ampliándolas a nuevas situaciones.

El elemento clave en esta construcción es el descubrimiento y el desarrollo de principios de Derecho adaptados a las nuevas necesidades y propósitos sociales. Algunos de ellos serán mayor alcance, por lo que se les denomina generales; otros tienen un carácter más particular porque se aplican a situaciones específicas. Pero todos ellos resultan del análisis comparativo de la doctrina y de la jurisprudencia. Es ahí donde hallaremos que se repiten ciertas reglas y criterios que no están en ningún Tratado ni en ningún Convenio de Estabilidad Jurídica, pero que constituyen la base y el marco dentro del cual deben interpretarse los

73. Alejandro Guzmán Brito: *Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano*. Texto mecanografiado, pp. 5-6. Cit. p. Marcial Rubio Correa, *op. cit.*, p. 142.

Tratados y los Convenios de Estabilidad Jurídica y cualquier otro instrumento internacional de carácter económico.

Los principios del Derecho Internacional son parte de los principios generales del Derecho, dentro de la especificidad propia de este campo que se desarrolla entre o por encima de las soberanías nacionales. Si el juzgador no tomara en cuenta esos principios -que no están necesariamente contenidos en ninguna norma formal- tendría que resignarse a aplicar una sumatoria de normas positivas y de estipulaciones contractuales sin ninguna estructura interna. El Derecho municipal por sí solo no puede dar esta estructura en ningún caso. Pero menos aún cuando debe ser aplicado dentro de un contexto internacional que crea un marco distinto y exigencias diferentes de las relaciones a nivel transnacional. De esta manera, pretender resolver un caso internacional recurriendo únicamente a un conjunto de reglas de un Derecho local, aun cuando éste hubiera sido escogido por las partes, es renunciar al Derecho propiamente, es abandonar la estructura que convierte un conjunto de mandatos o de pactos en un sistema jurídico formado por relaciones complejas. De esta manera, sólo se pueden obtener soluciones mecánicas y carentes de concordancia.

Como lo afirman categóricamente CRAIG, PARK Y PAULSSON, "La referencia a los principios generales del Derecho tiene una larga tradición en el arbitraje internacional". Y ello obedece, según estos autores, a que

> "los árbitros internacionales tienen todas las razones para reflejar en la realidad práctica que una de las razones para escoger un arbitraje es evitar una aproximación excesivamente legalista para la solución de los conflictos comerciales. Los hombres de negocio sienten frecuentemente que las Cortes no entienden las realidades del intercambio comercial".[74]

74. W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson: *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a. ed. Oceana Publications. U.S.A., § 17.03, p. 333.

Esto es lo que han comprendido muy claramente los tribunales arbitrales del CIADI al considerar que, exista o no un Derecho municipal escogido por las partes, es preciso recurrir siempre a las normas del Derecho Internacional; vale decir, a los principios generales que surgen de la jurisprudencia y de la doctrina internacional.

ARON BROCHES señalaba cuando menos dos principios indeclinables: el principio de la buena fe y el principio de que cada parte está comprometida por los acuerdos que voluntariamente realizó y que debe cumplir en buena fe[75].

La jurisprudencia del CIADI nos presenta muchos casos en los que se ha recurrido a principios. Así por ejemplo, como lo señala GUIDO SANTIAGO TAWIL en el ensayo antes citado, podemos comprobar que los tribunales del CIADI han reivindicado principios tales como el respeto de los derechos adquiridos en relación con la autorización y las garantías para invertir recibidas por el inversionista extranjero[76] o la importancia de la *bona fide* y del trato no discriminatorio[77], también la doctrina de los actos propios (*estoppel*)[78] y la del enriquecimiento injusto[79] en términos muchos más amplios que los contenidos en las leyes municipales, la obligación de pagar una compensación total por los perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual[80], entre otros.

A su vez, CHRISTOPH SCHREUER señala los siguientes: a) los principios generales del Derecho Contractual, incluidos el *pacta sunt servanda* y la *exceptio non adimpleti contractus*; b) el *estoppel*, que

75. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 110, p. 612.
76. Caso *Amco v. Indonesia. Laudo de 20 de Noviembre de 1984*, 1 ICSID Reports 493.
77. *Caso LETCO v. Liberia. Laudo de, 31 de Marzo de 1986*, 2 ICSID Reports 366.
78. Guido Santiago Tawil cita la *Resolución sobre Jurisdicción en el caso de Amco v. Indonesia, de 25 de Septiembre de 1983*, 1 ICSID Reports 407/8; el *Resubmitted Case: Laudo de 5 de Junio de 1990*, 1 ICSID Reports 606; el caso *Klöckner v. Cameroon, la Resolución sobre Anulación de 3 de Mayo de 1985*, 2 ICSID Reports 140/1; el caso *SPP v. Egypt, en la Resolución sobre Jurisdicción de 27 de Noviembre de 1985*, 3 ICSID Reports 123.
79. *Amco v. Indonesia, Resubmitted Case: Laudo de 5 Junio de 1990*, 1 ICSID Reports 607/8; SPP v. Egypt, *Laudo de 20 de Mayo de 1992*, 3 ICSID Reports 246/7.
80. *Amco v. Indonesia, Laudo de 20 de Noviembre de 1984*, 1 ICSID Reports 498 y ss.

en los países con Derecho derivado del romano se conoce bajo la denominación de doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*); c) el enriquecimiento injusto; d) la compensación plena por los perjuicios que resulten del incumplimiento del contrato; e) los principios generales del debido proceso; f) el reclamante soporta la carga de la prueba; y g) *la res iudicata*[81].

En mi opinión, el principio que reúne a todos los demás es el de la *bona fide*. Este es el gran paraguas: las relaciones económicas internacionales –y, en particular, las relaciones de inversión producto de las políticas nacionales de atracción a la inversión extranjera– tienen que ser llevadas dentro de las pautas de la más absoluta buena fe. Según la jurisprudencia internacional contemporánea, las infracciones a la buena fe no se limitan a lo escandaloso (*outrageous*) o a lo flagrante (*egregious*)[82]. La buena fe se encuentra también afectada por las trampas encubiertas o por aquella actitud doble que es denominada "estrategia" en un cierto lenguaje comercial. Todo ello debe ser proscrito, de acuerdo al *standard* internacional mínimo basado en el reinado de la buena fe: el juzgador tiene que hacer un esfuerzo por detectarlas, para luego eliminar las distorsiones jurídicas que de ellas se derivan.

Este paraguas crea bajo él un espacio que es considerado seguro. En ella, una serie de aplicaciones de la buena fe –tales como la necesidad de un tratamiento justo y equitativo, el derecho a las expectativas legítimas, la condena de las expropiaciones rampantes, sigilosas o progresivas (estas últimas constituidas por dentelladas sistemáticas), etc.– construyen un armazón de protección a quienes se sitúan dentro de ese espacio. Incluso el clásico principio *pacta sunt servanda* puede ser reinterpretado dentro del marco de la buena fe: los pactos deben ser cumplidos porque constituyen la fuente más natural y segura de creación de legítimas expectativas. Este armazón de principios jurídicos de protección puede ser llamado el "*standard* internacional mínimo"[83].

81. Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 113, pp. 614-615.
82. *Vid.* caso NAFTA Mondev v. USA, Laudo de11 de Octubre de 2002, para. 116.

2.4 Conclusiones

De lo expuesto no puede menos que deducirse que ha aparecido en el mundo jurídico un nuevo Derecho Económico Internacional, con características supranacionales, que se encuentra aún en proceso de formación pero que, indudablemente, tiene ya una influencia decisiva en las relaciones económicas entre sujetos de diferentes países y, particularmente, entre los inversionistas de un país y el Estado de otro país considerado como receptor de la inversión.

Este nuevo Derecho puede llamarse una vez más *lex mercatoria* (con la advertencia de que no es simplemente una resurrección del antiguo Derecho medieval sino, cuando menos, una reedición corregida y aumentada) o Derecho Transnacional o Derecho Internacional Económico.

83. *Vid.* Guido Santiago Towil: *Op. cit.*, p. 10.

Venezuela ante la fatalidad de los arbitrajes

J. Eloy Anzola

Sumario

1. ¿Qué ocurre? **2.** ¿Cuándo se conocerán las condenas? **3.** ¿A cuánto ascenderán las condenas? **4.** ¿Pagará Venezuela las condenas? **5.** ¿Qué puede hacer Venezuela contra esos laudos si le son claramente adversos porque los montos de las condenas son muy elevados? **6.** ¿Podría Venezuela alegar errores del laudo? **7.** ¿Puede Venezuela solicitar aclaratorias de los laudos? **8.** ¿Puede Venezuela pedir la revisión del laudo? **9.**¿Puede Venezuela pedir la anulación del laudo? **10.** ¿Qué valor tiene el laudo cuando queda firme? **11.** ¿Qué puede ocurrir si Venezuela se niega a pagar? **12.** ¿El inversionista vencedor puede cobrar en Venezuela? **13.** ¿Qué bienes pueden ser embargados o ejecutados fuera de Venezuela? **14.** ¿Qué bienes están amparados por inmunidad soberana? **15.** ¿Son embargables o ejecutables el oro y las divisas que estén a nombre del Banco Central de Venezuela? **16.** ¿Puede ser embargado o ejecutado el avión del presidente de la República? **17.** ¿Pueden ser embargados o ejecutados bienes de PDVSA ubicados fuera de Venezuela? **18.** ¿Qué pasa si Venezuela se retira del CIADI? **19.** ¿Exxon-Mobil inició un arbitraje ante la CCI contra PDVSA? **20.** ¿Podría Venezuela negociar un acuerdo o una transacción con estas empresas?

1. ¿Qué ocurre?

Venezuela quedará condenada en las próximas semanas o meses a pagar miles de millones de dólares en los arbitrajes que en su contra le siguen filiales de Conoco-Phillips[1] y Exxon-

Mobil[2]. En el futuro también puede quedar condenada por montos elevados en otros procesos arbitrales, además de los petroleros.

Como es bien sabido, el gobierno de Venezuela, ha tomado posesión de instalaciones petroleras, plantas industriales, fincas en explotación y otros bienes propiedad de inversionistas extranjeros (también de nacionales, pero esa es otra historia). En muchos de esos casos el gobierno venezolano, ignorando su propia Constitución y normas internacionales, no ha pagado compensación alguna o ha propuesto montos tan bajos, que los inversionistas extranjeros los han rechazado. Es el caso de Exxon-Mobil y Conoco-Phillips que fueron desposeídas de operaciones e instalaciones petroleras, entre ellas las que tenían en el país para extraer, mejorar y comercializar crudos provenientes de la Faja del Orinoco[3].

Venezuela, en adición a su legislación interna, ha suscrito desde 1990 hasta la fecha unos veinticinco tratados internacionales –llamados tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, que identificaremos como TBPPI– que garantizan a los inversores extranjeros provenientes de los países signatarios de esos tratados, el pago de compensaciones adecuadas en caso de expropiación.

Los TBPPI confieren además a esos inversionistas el derecho a reclamar contra Venezuela las indemnizaciones que crean ade-

1. Fue iniciado ante el CIADI el 13 de diciembre de 2007 por *Conoco Phillips Company* y otras contra la República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI N° ARB/07/30.
2. Son dos procesos arbitrales: el primero, que comenzó el 6 de septiembre de 2007 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) iniciado por *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV, Mobil* Cerro Negro *Holding LTD, Mobil* Venezolana de Petróleo *Holdings Inc., Mobil* Cerro Negro *Limited y Mobil Venezolana de Petróleo Inc.* contra la República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI N° ARB/07/27; y el segundo, de naturaleza comercial administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional iniciado el 25 de enero de 2008, por *Mobil* Cerro Negro LTD contra PDVSA Cerro Negro, S.A. y PDVSA, Caso CCI N° 15416/JRF.
3. La llamada Faja del Orinoco es un enorme reservorio de petróleo ubicado en el centro de Venezuela, al norte del río que lleva ese nombre. En su mayor parte es de petróleo pesado (10° API) que requiere de un proceso de mejora para hacerlo comercial. La inversión en los "mejoradores" es muy cuantiosa.

cuadas en arbitrajes internacionales que administra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Es lo que han hecho Exxon-Mobil y Conoco-Phillips, empresas de origen estadounidense, que canalizaron sus inversiones a través de los Países Bajos (Holanda) con quien Venezuela tenía suscrito un TBPPI[4], dado que Venezuela y EE. UU., no han suscrito un tratado de esa naturaleza.

A su vez, El CIADI fue creado por un tratado internacional –el Convenio CIADI– cuyo texto quedó redactado en 1965 y al que Venezuela se adhirió en 1995[5]. El CIADI es un brazo independiente del Banco Mundial. Los inversionistas pueden acudir al CIADI e iniciar procesos arbitrales contra los estados que hayan violado sus derechos. Al amparo del CIADI se constituyen los tribunales arbitrales que deciden estos casos y están integrados, normalmente, por tres miembros, uno escogido por el inversionista reclamante, otro por el estado demandado y un tercero, de mutuo acuerdo, o en su defecto, por el presidente del CIADI[6]. Los procesos terminan con una sentencia o laudo arbitral.

Venezuela ha sido demandada en unos veintidós procesos arbitrales de esta naturaleza. Los más sonados, por ser los más cuantiosos, son los intentados *por Exxon-Mobil* y *Conoco-Phillips*.

Además de estos arbitrajes contra la República de Venezuela, una filial de *Exxon-Mobil*, la *Mobil* Cerro Negro *Limited*, ha demandado a PDVSA Cerro Negro, S.A. y a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)[7], en un arbitraje que se lleva bajo

4. El TBPPI entre Venezuela y los Países Bajos está publicado en la Gaceta Oficial venezolana (en lo sucesivo, G.O.), Nº 35.269 del 26 de agosto de 1993. Tenía una vigencia de 15 años (Artículo 14.1). A su vencimiento Venezuela optó por no renovarlo. No obstante, las protecciones que acuerda el Tratado continúan por 15 años adicionales para la inversiones hechas antes de la terminación del Tratado.
5. G.O. Nº 35.685 del 3 de abril de 1995.
6. Artículos 37 y 38 del Convenio CIADI.
7. Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) es la empresa matriz petrolera. Tiene un solo accionista la República de Venezuela.

las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)[8]. La demanda guarda relación con los mismos hechos de la expropiación sin compensación; más adelante nos referiremos a este asunto.

2. ¿Cuándo se conocerán las condenas?

No hay fecha fijada.

En el CIADI, el caso *Conoco-Phillips* está más avanzado. En la página web del CIADI[9] se indica que a mediados de 2010 tuvieron lugar las audiencias sobre los temas de fondo. No hay más información, de lo que puede deducirse que los árbitros han de estar deliberando sobre el contenido del laudo.

En el caso de *Exxon-Mobil* en el CIADI, la página red indica que el 15 de septiembre de 2011, la parte demandante ha presentado una respuesta a temas de fondo. Aún no han tenido lugar las audiencias sobre los temas sustanciales. Por tanto, la decisión no verá la luz tan pronto.

Sobre el caso que lleva la filial de *Exxon-Mobil* ante la CCI, no hay ninguna información pública que sea confiable porque estos arbitrajes son confidenciales. Se asume por el tiempo que ha transcurrido desde su inicio, que el proceso ha de estar en su fase final.

8. Fue iniciado el 25 de enero de 2008, por *Mobil* Cerro Negro LTD contra PDVSA Cerro Negro, S.A. y PDVSA, Caso CCI Nº 15416/JRF. Los detalles de estos arbitrajes son confidenciales, sin embargo, Hildegard Rondón de Sansó da cuenta del mismo y aporta algunas informaciones en su obra, El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos, Caracas 2008, p. 436 y sgtes.
9. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet (consultado el 1º de octubre de 2011).

3. ¿A CUÁNTO ASCENDERÁN LAS CONDENAS?

Los laudos arbitrales fijarán el monto de la compensación que ha de pagar nuestro país.

Los precedentes que existen indican que las indemnizaciones que ordenarán los tribunales arbitrales tomarán en cuenta el valor de las empresas en marcha (*going concern value*). Puede tratarse del valor de mercado de la inversión antes de la nacionalización (*market value*); o de un valor que capitalice los beneficios esperados o los flujos de efectivo esperados, aplicándoles una tasa de descuento (*discounted cash flow*). En todo caso el avalúo será, sin duda, mucho más elevado que el valor en libros *(book value)* que Venezuela ha ofrecido pagar a *Exxon-Mobil* y a *Conoco-Phillps*.

Es decir, es muy probable que Venezuela quede condenada a pagar más de lo que su gobierno quiere, aunque por ahora desconocemos los montos exactos.

Barclays Capital estima que por los dos casos que aquí revisamos, la cifra alcanzaría a 12.700 millones de dólares[10]. No sabemos si esa información es certera, porque los procesos arbitrales son confidenciales, se conocerá el monto, de manera oficial, cuando se publiquen los laudos.

4. ¿PAGARÁ VENEZUELA LAS CONDENAS?

Hasta ahora ningún vocero oficial ha dicho si Venezuela pagará las condenas o pretenderá desconocerlas, salvo de algunas voces altisonantes.

El gobierno anuncia medidas, como la repatriación del oro y la movilización de las reservas líquidas del Banco Central de

10. Diario El Universal, Caracas, 23 de septiembre de 2011.

Venezuela (BCV) a bancos de China y Rusia que algunos interpretan –erradamente a nuestro juicio– como prevenciones ante la inminencia de los laudos adversos.

Abundan los rumores sobre lo que Venezuela hace ahora y hará más adelante para reducir o excluir el impacto de las próximas condenas.

5. ¿Qué puede hacer Venezuela contra esos laudos si le son claramente adversos porque los montos de las condenas son muy elevados?

El Tratado del CIADI es categórico: el laudo, al hacerse firme, se hace obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de otros recursos. La misma norma agrega que las partes acatarán el laudo y lo cumplirán en todos sus términos[11].

Si bien el laudo se hace obligatorio desde el mismo día que sea remitido a las partes, Venezuela podría evitar su ejecución inmediata. Venezuela podría señalar posibles errores de cálculo o aritméticos en el laudo y pedir que se rectifiquen; también podría solicitar aclaratorias acompañadas de una petición de suspensión temporal de la ejecución del laudo; también puede pedir la revisión del laudo por la aparición de un nuevo hecho, desconocido antes y que no se haya considerado en el debate arbitral; y, finalmente, pedir lo más radical, la anulación del laudo. Veamos cada una de estas posibilidades.

6. ¿Podría Venezuela alegar errores del laudo?

El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI facultan a las partes para requerir un pronunciamiento del

11. Artículo 53 (1) del Convenio CIADI.

mismo tribunal arbitral (u otro, si aquel no puede reunirse) sobre algún punto omitido en el laudo; también se le puede pedir que rectifique errores materiales, aritméticos o similares del mismo[12].

Estas peticiones hay que presentarlas dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que se haya dictado el laudo y se convocará al tribunal arbitral para que conozca de ellas y las decida. Si bien no está prevista la suspensión formal de la ejecución del laudo, es normal que el vencedor espere a que el asunto se termine antes de exigir el pago de manera compulsiva.

Como vemos, con estas solicitudes se pueden ganar algunas semanas pero la decisión no cambiará para nada el efecto principal del laudo, como es la condena a pagar una elevada compensación.

7. ¿Puede Venezuela solicitar aclaratorias de los laudos?

Venezuela también podría pedir aclaratorias sobre el contenido del laudo, lo que sí puede dar lugar a una suspensión formal, obviamente temporal, de la ejecución del laudo hasta tanto queden ellas resueltas por el tribunal arbitral. Esa suspensión de la ejecución del laudo habrá de acordarla, si la encuentra justificada, el mismo tribunal arbitral[13].

Al igual que en la hipótesis anterior, la solicitud de aclaratorias y su decisión no afectará el contenido sustancial del laudo, que es la condena al pago de una indemnización.

12. Artículos 49, 50 y 51 del Convenio CIADI; Reglas 49, 50 y 51 de las Reglas de Arbitraje CIADI.
13. Artículos 50 del Convenio CIADI.

8. ¿Puede Venezuela pedir la revisión del laudo?

Las partes pueden pedir también que se revise el laudo fundadas en el descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir de modo decisivo en el laudo y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el tribunal arbitral y por la parte que inste la revisión, y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia[14]. La solicitud de revisión ha de plantearse dentro de los noventa días al día en que fue descubierto el hecho[15].

Como vemos ésta es una situación muy excepcional y es difícil imaginar cómo podría plantearse en los casos que revisamos.

9. ¿Puede Venezuela pedir la anulación del laudo?

Dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha del laudo, las partes pueden solicitar la nulidad del laudo, que será decidida no por el mismo tribunal arbitral, sino por una comisión ad-hoc integrada por tres personas que designará el presidente del CIADI. La comisión puede, si lo estima adecuado, suspender la ejecución del laudo mientras estudia y decide la anulación[16].

La anulación del laudo puede solicitarse únicamente por las siguientes razones[17]:

(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

14. Artículos 51 (1) del Convenio CIADI.
15. Artículos 51(2) del Convenio CIADI.
16. Artículo 52 del Convenio CIADI.
17. Artículo 52(1) del Convenio CIADI.

(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Las causas de anulación son estrictas y no se trata de una apelación donde se vuelve a revisar el fondo de la decisión. Al contrario, hay que alegar alguna de esas causales, que como se ve se dan en situaciones bastante extraordinarias. Por el momento es imposible saber si alguna de estas situaciones extremas pueda darse o si los laudos puedan tener las fallas que justifiquen una anulación. Hay que esperar a la publicación de los mismos para hacer el análisis correspondiente. Será entonces cuando Venezuela pueda evaluar si hay razones para intentar acciones de esa naturaleza.

Acotemos que Argentina –junto con Venezuela es uno de los países más demandados ante el CIADI– intentó con éxito procedimientos de anulación en los casos Sempra y Enron[18]. Pero debe advertirse que los casos argentinos en nada se parecen a las expropiaciones venezolanas.

Si un recurso de anulación es declarado con lugar, el laudo quedará anulado y sin efecto. En ese caso, las partes pueden solicitar que el asunto se someta a un nuevo tribunal arbitral. Es decir, el inversionista podrá iniciar un segundo arbitraje.

Agotadas las vías de rectificaciones, revisiones y aclaratorias, y si no se intenta la anulación, o si ésta es declarada sin lugar, el laudo quedará firme y se hará ejecutable.

18. *Sempra Energy International* contra Argentina, Caso CIADI ARB/02/16, decisión del 29 de junio de 2010; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.* contra Argentina, Caso CIADI ARB/01/3, decisión del 30 de Julio de 2010.

10. ¿Qué valor tiene el laudo cuando queda firme?

Si Venezuela es vencida y el laudo se hace firme, quedará obligada a pagar las sumas de dinero que ordenen los laudos.

Si Venezuela paga total y oportunamente el monto de la condena, se acaba el asunto.

11. ¿Qué puede ocurrir si Venezuela se niega a pagar?

El Convenio CIADI indica que todo Estado Contratante –lo que incluye a un número importante de países, entre ellos Venezuela, Estados Unidos, China y casi todos los países europeos– reconocerá al laudo carácter obligatorio y hará ejecutar a solicitud del interesado, dentro de sus territorios, las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo, como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado[19].

Esto significa que el inversionista vencedor puede acudir a cualquier país signatario del Convenio CIADI e intentar el reconocimiento y la ejecución del laudo. Por tanto, si Venezuela se niega a pagar, el beneficiario de la condena puede acudir a tribunales de distintos países, como los antes nombrados, solicitar el reconocimiento de los laudos y solicitar embargos, u otras medidas ejecutivas, contra bienes de la República.

19. Artículo 54(1) del Convenio CIADI.

12. ¿El inversionista vencedor puede cobrar en Venezuela?

El inversionista puede también ir a Venezuela a exigir el cumplimiento de las sentencias arbitrales. Pero la República está amparada en el territorio venezolano por privilegios que impiden el embargo de sus bienes o medidas ejecutivas contra ellos[20]. El acreedor deberá entonces contentarse con seguir el procedimiento para acreencias no prescritas que prevén las leyes venezolanas[21]. Éste no luce como un camino muy atractivo.

Argentina ha señalado a los inversores que han obtenido laudos a su favor que, para hacerlos efectivos, deben acudir a Argentina y hacer allí los trámites administrativos y judiciales necesarios[22]. Los inversores alegan que la posición argentina se aparta de las normas del Convenio CIADI al no acatar y cumplir voluntariamente los laudos que le son adversos. La Convención CIADI prevé que en estos casos el inversor afectado puede pedir a su gobierno que le conceda protección diplomática frente al Estado transgresor[23]. Así lo han hecho las empresas estadounidenses *Azurix* y *Blueridge* y el gobierno norteamericano ha anunciado que sus funcionarios no votarán a favor de otorgar créditos a Argentina en el Banco Mundial y en el Banco Interamericano de Desarrollo[24]. Las empresas han pedido que Argentina sea retirada del sistema general de preferencias que ampara a las importaciones a Estados Unidos provenientes de aquel país pero todavía no ha habido pronunciamiento al respecto.

20. Artículo 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, G.O. N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.
21. Artículo 86.1 de la misma Ley.
22. BALDWIN Edward, Mark KANTOR and Michael NOLAN. *Limits to Enforcement of ICSID Awards*, 23 Journal of International Arbitration (1): 1-24, 2006; Irina Natacha Gedwillo, *The Enforcement of ICSID Awards Before Argentine Courts*, Transnational Dispute Management, Mayo 2011 (www.transnational-dispute-management.com).
23. Artículo 27(1) del Convenio CIADI.
24. En latinews.com del 11 de agosto de 2011; en http://economia.terra.com.ar/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201109192116_EFE_16518547, del 19 de septiembre de 2011; y en Diario Clarín, Buenos Aires, 28 de septiembre de 2011.

13. ¿Qué bienes pueden ser embargados o ejecutados fuera de Venezuela?

Pueden ser objeto de ejecución bienes que sean propiedad de la República ubicados en el extranjero y que no estén amparados por inmunidad soberana. El Convenio CIADI aclara que las normas de inmunidad soberana no están derogadas[25].

Las reglas de inmunidad soberana no son absolutas, pueden renunciarse, como ocurre con frecuencia para préstamos internacionales, pero Venezuela, que se sepa no ha renunciado a su inmunidad soberana para estos casos.

14. ¿Qué bienes están amparados por inmunidad soberana?

Las leyes de inmunidad soberana no son iguales en todos los países[26], pero hay algunas reglas básicas bastante uniformes.

Ni las sedes de embajadas o consulados, ni su mobiliario, ni las cuentas bancarias de estas entidades, pueden ser objeto de medidas preventivas o ejecutivas. Son inembargables por disposiciones legales internas, como las británicas y estadounidenses y, también, por tratados internacionales.

Solamente son embargables los bienes de la República que estén dedicados a actividades comerciales.

25. Artículo 55 del Convenio CIADI.
26. Los Estados Unidos promulgó en 1976 el *Foreign Sovereign immunities Act* y El Reino Unido dictó en 1978 el *State Immunity Act*.

15. ¿Son embargables o ejecutables el oro y las divisas que estén a nombre del Banco Central de Venezuela?

No lo son. Las cuentas de los bancos centrales con depósitos en divisas u oro que constituyen reservas internacionales no son embargables. Pertenecen a una entidad distinta a la República y son considerados bienes públicos y, por tanto, están protegidos por inmunidad soberana. Se estima que no están dedicados a actividades comerciales.

El anunciado traslado a Venezuela del oro hoy depositado por el Banco Central venezolano en bancos o instituciones extranjeras no se justifica porque los vencedores de los arbitrajes puedan embargarlo o ejecutarlo. De la misma manera que tampoco se justifica el traslado de divisas propiedad del Banco Central venezolano a bancos de Rusia, China, y otros países. Ni el oro ni las divisas propiedad del Banco Central de Venezuela son embargables en los países donde hoy se encuentran como Estados Unidos, el Reino Unido y países europeos.

16. ¿Puede ser embargado o ejecutado el avión del Presidente de la República?

No puede serlo. Es de asumirse que el avión pertenece a la fuerza aérea venezolana y los bienes militares están protegidos por inmunidad soberana. En una ocasión se intentó embargar el avión de la presidencia argentina cuando acudió en el año 2007 a Estados Unidos para su mantenimiento y la solicitud fue finalmente desechada por un tribunal estadounidense[27].

27. *Michele Colella and Denise Dussault, v. The Republic of Argentina*, F. Supp.2d, 2007 WL 1545204 (N.D.Cal.).

17. ¿Pueden ser embargados o ejecutados bienes de PDVSA ubicados fuera de Venezuela?

Cuando la condenada sea la República, como ocurrirá en los casos CIADI, la primera respuesta es no, porque PDVSA es una persona jurídica distinta a la República. Además, activos muy importantes de PDVSA, como lo es CITGO que tiene sus activos en Estados Unidos, son a su vez de subsidiarias de PDVSA. Están así más distantes de la República.

El acreedor puede tener éxito, no obstante, si prueba, ante los tribunales del país a los que acuda a exigir el cumplimiento del laudo, que entre la República y PDVSA (y sus subsidiarias) hay una unidad de gestión y administración que convierte a la segunda en una entidad inseparable de la primera y que, por tanto, hay una identidad administrativa, financiera y jurídica entre ambas.

El acreedor hará notar que la República es el único accionista de PDVSA, que el ministro de energía es su presidente, que los siete miembros de su directorio los designa mediante decreto el presidente de la República[28] y que PDVSA no goza de autonomía alguna, que toda su gestión la dirige el gobierno nacional. Alegará también que PDVSA es utilizada por el gobierno nacional para numerosas tareas que son propias de éste y no de una empresa independiente dedicada de manera separada a la actividad petrolera.

Esos han sido los criterios que han seguido los tribunales de distintos países para decretar embargos y ejecuciones contra empresas petroleras u otras propiedades de algún estado, cuando el estado ha sido condenado. Cuando no se ha comprobado la identidad entre la empresa y el estado propietario, los tribunales han rechazado acordar medidas ejecutivas contra bienes de esas empresas.

28. Cláusula Décima Séptima de los Estatutos de PDVSA (Ver en: http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/readmenu.tpl.html&newsid_obj_id=76&newsid_temas=6, consultado en septiembre de 2011).

En cambio, cuando se dan circunstancias parecidas a las descritas, han habido decisiones que han acordado medidas ejecutivas contra empresas estatales. Así, la Corte de Apelaciones de París acordó embargos sobre bienes de empresas petroleras pertenecientes a un estado, no habiendo sido ellas las condenadas, en tres ocasiones en el año 2003, en el de la empresa petrolera de la República del Congo y, de nuevo, en 2004 contra la empresa petrolera de Camerún[29]. Los mismos criterios se acogieron en Estados Unidos en la sentencia de la Corte Suprema el 17 de junio de 1983 en el caso *First National City Bank* v. Banco para el Comercio (Cuba)[30], al igual que en Inglaterra, en el caso Trendex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria[31], si bien no se trataba de activos petroleros.

No se puede ser categórico, pero los bienes de PDVSA en Estados Unidos y en otros países, pueden estar expuestos a medidas ejecutivas en caso de que Venezuela se niegue a pagar los laudos.

18. ¿Qué pasa si Venezuela se retira del CIADI?

No tendría en lo inmediato ningún efecto beneficioso. Los procesos arbitrales en curso no se verían afectados de manera alguna, seguirían su curso. El retiro efectivo del CIADI se produciría a los seis meses del anuncio[32]. Además, las reclamaciones que se intenten en el futuro, si Venezuela sale del CIADI, podrán iniciarse en otros centros de arbitraje distintos al CIADI, como lo prevén muchos de los TBPPI suscritos por Venezuela.

29. Ver *State Entities in International Arbitration*, editado por E. Gaillard y J. Younan, IAI, Nueva York, 2008, p. 190.
30. 103 S. Ct. 2591 (1983); en la misma obra de E. Gaillard y J. Younan, p. 559.
31. [1977] 1 Q.B. 529, 560; en la misma obra de E. Gaillard y J. Younan, p. 139.
32. Artículo 71 del Convenio CIADI.

19. ¿Exxon-Mobil inició un arbitraje ante la CCI contra PDVSA?

Sí, una empresa filial de *Exxon-Mobil*, Mobil Cerro Negro LTD., acudió ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) e inició un arbitraje contra PDVSA Cerro Negro, S.A. y PDVSA, el 25 de enero de 2008. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CCI, se constituyó un tribunal arbitral con tres miembros que en la actualidad conoce de este proceso. En buena medida, el arbitraje trata también de la expropiación ordenada por el gobierno venezolano sobre las instalaciones de la Mobil en Cerro Negro, en la faja del Orinoco, pero la reclamación se hace en un contexto jurídico diferente.

Alega la demandante que en el contrato de asociación para la explotación del campo Cerro Negro en la faja del Orinoco y la construcción de un mejorador en José, Estado Anzoátegui, contrato que se firmó en 1997 entre Mobil Cerro Negro LTD. y PDVSA Cerro Negro, la última convino en indemnizar a la primera por cualquier medida discriminatoria que tomara el gobierno venezolano contra ella, lo que incluye el pago de una indemnización por la expropiación de sus instalaciones si el gobierno venezolano no le pagaba una compensación adecuada. En el mismo contrato, PDVSA convino en garantizar estas obligaciones asumidas por su filial PDVSA Cerro Negro.

Por lo tanto, las acciones son contra la filial y PDVSA, no contra la República. En consecuencia, si el laudo es favorable a la filial de *Exxon-Mobil*, ésta se dirigirá contra PDVSA y sus bienes directamente para hacer efectivo el pago.

Cabe recordar que antes de iniciarse este arbitraje, la demandante acudió a un tribunal federal en la ciudad de Nueva York que acordó un embargo sobre fondos de PDVSA por trescientos millones de dólares. La decisión fue confirmada el 28 de febrero de 2008[33] y subsiste hasta el día de hoy. De la misma

manera acudió a un tribunal londinense que el 24 de enero de 2008 acordó una orden de congelamiento (*Mareva Injunction*) de bienes de PDVSA por un monto de doce mil millones de dólares[34]. El mismo tribunal, pero con otro juez de titular, revocó la orden el 28 de marzo de 2008.

Este caso no es un arbitraje de inversiones, sino un arbitraje de naturaleza comercial. Por tanto, para el reconocimiento del laudo y su ejecución a nivel internacional, se aplicarán las normas de dos tratados internacionales también suscritos y ratificados por Venezuela. En primer lugar, la Convención de Nueva York de 1958[35] adoptada por ciento cuarenta y dos países, incluidos EE.UU. y los países europeos, China y Rusia; y, en segundo lugar, la Convención de Panamá de 1975[36] adoptada por muchos países del continente, incluido EE.UU. Ambos textos, en lo que aquí interesa, son muy semejantes.

De acuerdo con esas normas, si el laudo es adverso a PDVSA, ésta podría, por causales específicas señaladas en las citadas Convenciones, oponerse a la ejecución del laudo cuando la filial de Exxon-Mobil intente ante los tribunales estadounidenses u otros, el reconocimiento del laudo y quiera proceder contra bienes propiedad de la petrolera venezolana. No será fácil hacerlo, en el mundo de hoy los tribunales de los estados firmantes de esas convenciones, especialmente la de Nueva York, son reacios a admitir oposiciones a la ejecución de los laudos. Por ello, el camino de oposición será espinoso.

PDVSA podría intentar la nulidad del laudo en la ciudad sede del arbitraje, que es Nueva York. La nulidad se intenta ante los tribunales judiciales y procede por causas muy específicas, normalmente difíciles de establecer. Sin conocer el contenido del

33. *US District Court for the Southern District of New York, Mobil* Cerro Negro Ltd. v. PDVSA Cerro Negro, S.A. (Case 1:07-cv-11590-DAB).
34. *Hihgh Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, Claim* No. 2008 Folio 61.
35. Su nombre completo es Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de la Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en Venezuela en la G.O. Extr. Nº 4832, 29 de diciembre de1994
36. Su nombre completo es Convención Interamericana de Arbitraje, publicada en Venezuela en la G.O. Nº 33170, 22 de febrero de 1985.

laudo, es imposible determinar si la oposición o la anulación podrían justificarse.

Se han hecho estimaciones acerca del monto de esta condena. Se afirma que podría ser tres mil setecientos mil millones de dólares[37], otros hablan de cifras mucho mayores. De nuevo, los procedimientos arbitrales son confidenciales y no se sabrá el monto verdadero sino al momento de conocerse el laudo.

No es razonable que la República y PDVSA paguen dos condenas separadas que nazcan de los mismos hechos y que acuerden compensaciones por las mismas causas. Se habla –sin que hayamos podido confirmarlo– que ha habido un acuerdo, o quizá una decisión arbitral, para que *Exxon-Mobil*, eventual vencedor, escoja la ejecución de alguno de los laudos que le sean favorables y no pueda exigir el cumplimiento de ambas condenas.

20. ¿Podría Venezuela negociar un acuerdo o una transacción con estas empresas?

Sí, esa posibilidad está siempre abierta, aunque el ministro venezolano de energía y presidente de PDVSA ha negado la posibilidad de negociaciones directas con *Exxon-Mobil*.

37. Barclays Capital, diario El Nacional, Caracas, 14 de abril de 2011.

Derecho Aplicable a la Contratación y el Arbitraje Internacional

José Antonio Moreno Rodríguez[1]

Sumario

1. En general. **1.1** Autonomía de la voluntad. **1.2** Aplicabilidad del derecho transnacional o *lex mercatoria*. **1.3** Instrumentos de la *lex mercatoria*. **1.4** Elección del derecho por el tribunal arbitral. **1.5** Método directo. **1.6** *Lex mercatoria* en ausencia de voluntad de las partes. **1.7** *Ex aequo et bono y amiable composition*. **1.8** Usos mercantiles aplicables al caso. **2.** Conclusión.

1. En general

El problema del derecho aplicable a la contratación constituye uno de los puntos más debatidos en el arbitraje comercial internacional[2], en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y que ha dado lugar al mayor número de casos de arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, en que se citan laudos previos[3].

Debe considerarse que las lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas sobre el derecho aplicable –como bien lo

1. LL.M, Harvard. Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Working Group de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de derecho aplicable a la contratación.
2. Ver comentarios y advertencias en VAGTS, Detlev F. *Arbitration and the UNIDROIT Principles. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana. México: 1998, p. 272.
3. CRAIG, Laurence, William PARK y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ra edición. Nueva York: Oceana Publications, 2000, p. 641.

resalta YVES DERAINS– no solo complican la solución de eventuales controversias, sino pueden contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país) sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones, dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte con mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses[4].

Ya surgida la contienda, si las partes no lo hicieron, el derecho aplicable lo pueden determinar los árbitros en el laudo final, aunque –como señala WEBSTER– uno podría generalmente esperar que el tribunal trate la cuestión del derecho aplicable desde el vamos, por vía de un laudo parcial, para permitir que los afectados encaren el proceso conociendo la posición del tribunal en este punto[5].

Esta contribución aborda algunas cuestiones fundamentales que se presentan con respecto al derecho aplicable a la contratación y el arbitraje internacional, como las relativas a autonomía de la voluntad, selección del derecho por el tribunal arbitral y aplicabilidad, en su caso, de la *lex mercatoria* o derecho transnacional (términos que utilizamos aquí de manera indistinta)[6].

4. DERAINS, Yves. *The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*, p. 10.
5. WEBSTER, Thomas H., *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, p. 515.
6. La terminología alusiva a la *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX LAMBERT utilizaba la expresión "derecho corporativo internacional" (*droit corporatif international*). JESSUP, en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación la expresión *lex mercatoria*, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado, Parte General*. Madrid: Civitas, 1985, p. 81). Modernamente la utilizan autores como GOODE (GOODE, Roy. "*Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*". En: *revista ICLQ. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 2*), MUIR WATT/MUIR WATT, Horatia. *New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Van Hoecke, Mark (ed.). Hart Publishing, 2004, p. 277), Loussouarn, Bouel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un

1.1 Autonomía de la voluntad

Propagado a lo ancho del orbe[7], el principio de la autonomía de la voluntad –entendido en las transacciones transfronterizas como la facultad de los contratantes para elegir el derecho aplicable y el tribunal estatal o arbitral que entenderá el caso–, tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige, en vez de que lo hagan en su nombre, un legislador de antemano o un juzgador con ulterioridad, en su caso[8].

Como lo destaca FERNÁNDEZ ARROYO, el avance del principio de la autonomía de la voluntad, a expensas del de la soberanía otrora imperante, es característica de tendencias recientes en el Derecho internacional privado y promete una profundización en

"orden superior" (BOUREL, Pierre, Yvon LOUSSOUARN, Pascal VAREILLES-SOMMIÈRES. *Droit international privé*. 8e Edition. Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros. También se habla de un "derecho a-nacional", término atribuido a FOUCHARD (MUSTILL, Lord Justice. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years. Liber Amicorum for Lord Wilberforce. Clarendon Press*, 1999, p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios de UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra "supranacional". También puede verse en Berman la utilización de la expresión "*world law*" (derecho mundial) (BERMAN, Harold. J. *Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response. Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper n° 05-42*, http://papers.ssrn.com/abstract=870455) (último acceso: 31 de enero de 2011). Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (ILLESCAS ORTIZ, Rafael, Pilar PERALES VISCASILLAS. Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme. Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

7. Ver al respecto en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Los Contratos y La Haya* ¿Ancla al pasado o puente al futuro? ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? BASEDOW, Jürgen/FERNANDEZ ARROYO, Diego P./MORENO RODRIGUEZ, José A. (dirs.) CEDEP y *La Ley Paraguaya*, 2010, p. 245.

8. Además de fortalecerse la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (VISHER, Frank. *General Course on Private International Law. Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, Tome 232 de la colección, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1993, p. 126; también pp. 132 y siguientes), ello tiene también un fin –resaltado por Jayme– de "desreglamentación", al disminuirse el dirigismo estatal para darse pie a iniciativas privadas (JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1995, IV, Tome 251 de la colección, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1996, pp. 150-151).

los años venideros[9], lo que de hecho viene ocurriendo –por ejemplo en Latinoamérica– con el dictado de numerosas leyes arbitrales, que consagran tanto la autonomía para recurrir al arbitraje internacional como para que las partes elijan el derecho aplicable a sus vinculaciones sometidas a eventual resolución por este medio[10].

El arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales, pues, en general, se ve reflejado allí el deseo de los afectados de evitar una solución "legalista" –por así decirlo– a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial, y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían –y generalmente lo hacen– dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que les sirven de marco.

No es de extrañar, pues, que la autonomía de la voluntad constituya uno de los ejes sobre los que se asienta la Convención de Nueva York de 1958 relativa a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día ratificada por más de ciento cincuenta países, lo que le ha merecido calificativos como los de *Lord Mustill* de ser *"la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial"*[11], y de GOODE que la califica de *"astonishingly succesful"*[12], en tanto que WETTER la considera el *"pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional"*[13].

9. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho internacional privado* (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales). Editorial Advocatus, 1998, p. 92.
10. Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7), p. 245.
11. Ver cita en KRÖLL, Stefan, Julian D.M LEW, Loukas MISTELIS. *Comparative International Commercial Arbitration.* 2003, p. 694.
12. GOODE, Roy. *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. Arbitration International.* Vol. 17, 2001, nº 1, p. 22.
13. KRÖLL, Stefan, Julian D.M. LEW, Loukas MISTELIS. (nota 10), p. 694.

El principio también se desprende de instrumentos convencionales regionales, como las Convenciones de Panamá de 1975, sobre arbitraje comercial, y de Montevideo de 1979, sobre reconocimiento y ejecución de laudos, elaboradas dentro del seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificadas por varios países de la región; además –también dentro de la esfera de la OEA– de la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional[14], inspirada en el Convenio de Roma de 1980 (hoy Reglamento Comunitario 593/2008, conocido como "Roma I") y, en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión Consejo Mercado Común nº 3/98), ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque[15].

Pues bien, en consonancia con todos estos desarrollos, el artículo 28 de la ley modelo de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), y las numerosas leyes dictadas en consecuencia, consagran el principio de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable al fondo del arbitraje. Lo propio hacen el anterior reglamento arbitral de la CNUDMI[16], como así

14. Ratificada en dos países del continente (México y Venezuela) y aplaudida en prestigiosos círculos académicos regionales y mundiales, la Convención de México admite de manera amplia la autonomía de la voluntad, tanto para elegir como para modificar eventualmente el derecho aplicable, además de permitir que se seleccionen distintos derechos que rijan parcialmente el acuerdo (*dépeçage*), lo cual –resalta Herbert– podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (HERBERT, Ronald. *La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*. RUDIP, Año 1-nº 1, p. 91.). Pero la apertura autonomista de la Convención de México va más allá, al punto de facultarse a que las partes elijan derechos "no nacionales", a la vez que se habilita al juzgador a recurrir al derecho transnacional, "*soft law*" o "*lex mercatoria*" (SIQUEIROS, José Luis. *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222). El Convenio de Roma no había resuelto esta cuestión, y connotados juristas esperaban que Europa siguiera el modelo americano, al que veían con simpatía como alternativa para modernizar el Convenio de Roma. Sin embargo, el nuevo Reglamento Roma I tampoco avanza en el sentido de la Convención de México, por lo que solo valdrá, en su caso, la incorporación por referencia, "al menos en procesos ante tribunales estatales", expresa HEISS, Helmut. *Party Autonomy, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. FERRARI, Franco/LEIBLE, Stefan (eds.). Sellier, 2009, p. 2.
15. Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
16. En la práctica, la mayoría de los casos de arbitraje son decididos en base a los términos del contrato. El derecho aplicable, que solo raramente juega un rol en la interpretación de dichos términos, tiene

también el artículo 35 del actual reglamento y otros reglamentos arbitrales de instituciones preponderantes en el mundo, como el artículo 17.1 de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 28.1 de la *American Arbitration Association*, el artículo 22.3 de la *London Court of International Arbitration* y el artículo 22.1 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *inter alia*. Debe tenerse presente que las reglas de las diversas instituciones arbitrales tienden a convergir guiadas, a su vez, por las soluciones elaboradas bajo los auspicios de la CNUDMI[17].

Como señala el comentario al artículo 28 de la ley modelo, la consagración expresa en dicha ley de la autonomía de la voluntad es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Ello ha motivado, por ejemplo, esfuerzos como el de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que se encuentra actualmente evaluando un futuro instrumento en materia de derecho aplicable a la contratación internacional, uno de cuyos objetivos sea la promoción del principio de la autonomía de la voluntad en el mundo[18].

sin embargo relevancia si el contrato calla en cuestiones como por ejemplo: tasas de interés, o si el contrato existe o no como tal. Pues bien, este artículo 35 del reglamento, consagratorio del principio de la autonomía de la voluntad, fue redactado de manera que quede bien en claro que el contrato debe tener estricta primacía (CARON, David, Lee M CAPLAN,., Matti PELLONPÄÄ,. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. Oxford University Press, 2006, pp. 136-137, quienes emiten el comentario en referencia a la redacción en inglés "*in accordance with*" adoptada en el primer reglamento de 1976).

17. BARCELÓ III, John, Arthur Taylor J.VON MEHREN, Tibor VARADY. International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective. Fourth Edition. Thomson Reuters, 2009, p. 70. También BROWER, *inter alia*, hace notar la uniformidad existente en gran parte entre las reglas de las distintas instituciones arbitrales preponderantes en el mundo (BROWER, Charles N. *W(h)ither International Commercial Arbitration? The Goff Lecture*, 2007, p. 184).

18. Puede ampliarse al respecto en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (http://www.hcch.net) o, particularmente, en el siguiente link: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49

1.2 Aplicabilidad del derecho transnacional o *lex mercatoria*

Se han señalado diversos supuestos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos "nacionales", como el de una transacción tan internacional que no puede verse como influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes, expresa o implícitamente, buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un específico derecho nacional. Además, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. A veces, la elección de las partes es equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en el caso en que se designó la legislación tanto de Alemania como de Rusia. Otras veces, es imposible determinar, dentro del derecho nacional supuestamente aplicable, una solución específica al caso. También existen precedentes en los que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria* para llenar un vacío, o para interpretar el derecho nacional, o para reemplazar el derecho nacional elegido por las partes en base a la teoría del orden público internacional[19].

Por lo demás, si bien es cierto que las partes pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a su autonomía privada, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. A veces, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aun consciente de las limitaciones de su propia legislación. El problema es mayor aún cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo[20].

19. RUIZ ABOU-NIGM, Verónica. The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration. *Revista DeCITA*. Derecho del comercio internacional, temas y actualidades, DREYZIN, Adriana/FERNANDEZ ARROYO, Diego (dirs.). Arbitraje, 02.2004, pp. 109-110.
20. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*. www.unidroit.org, p. 2. (Último acceso: 31 de enero de 2011).

Varios reglamentos arbitrales dan pie a la aplicación del derecho transnacional o *lex mercatoria*[21], en sintonía con trascendentes cuerpos normativos, partiendo de la propia Convención de Nueva York de 1958, que no solo facilitó la propagación –cual reguero de pólvora– del arbitraje en el mundo, sino también abrió las compuertas al derecho transnacional. Es así que, según una interpretación prevaleciente con respecto a este instrumento,

> "...el hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio y expresiones análogas), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo, cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable"[22].

Al éxito de este texto convencional debe sumarse el *aggiornamento* en los derechos internos, más aún luego de que la ley

21. Zanjando así la controversia existente en el plano teórico, al menos en lo que respecta a la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los arbitrajes. Quienes se oponen al Derecho supranacional, derivado del arbitraje, sostienen que la creación del derecho (*law-making*) constituye, exclusivamente, una función política del Estado, ejercida a través de instituciones legislativas y judiciales. Según esta posición, árbitros designados por particulares, carentes de mandato público alguno y contratados para un único caso, no pueden adoptar determinaciones con fuerza jurídica. Incluso cuando el Estado interviene para revisar un fallo arbitral, ello continúa siendo consecuencia de una opción contractual de particulares. Y, cuando el fallo es ejecutado coactivamente en la esfera judicial, el resultado y el razonamiento –si existe alguno– que subyace en la decisión no constituyen fuente del derecho. En estos casos, el Estado meramente ratifica las decisiones de los árbitros como reconocimiento o tolerancia al derecho contractual de las partes de comerciar y de someter su relación mercantil al arbitraje. Desde otra perspectiva, quienes defienden el derecho supranacional o transnacional configurado a través de la práctica arbitral sostienen que, a pesar de su origen privado, puede progresivamente adquirir la fuerza de norma jurídica. En la órbita del comercio internacional, los Estados implícitamente han delegado su potestad creadora de derecho (*law-making authority*) a árbitros y a un proceso de resolución de conflictos privados admitido internacionalmente. Ello ha ocurrido particularmente en los países que han adoptado la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI o regulaciones en esa misma línea. Los Estados han puesto en vigencia leyes que promueven la desregulación del arbitraje, actúan como venia hospitalaria para que se lleven adelante arbitrajes y para la ejecución de fallos arbitrales, bajo un muy limitado escrutinio judicial. La conducta del Estado ha legitimado el procedimiento y la autonomía del arbitraje (ver CARBONNEAU, Thomas. *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny. Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 12).
22. Declaración de la Conferencia de El Cairo del Instituto de Derecho Internacional, de 1992, alusiva a la Convención de Nueva York (citada en MORENO RODRÍGUEZ, José A.; ver nota 7).

modelo propiciada por la CNUDMI en 1985, haya inspirado reformas normativas por doquier, para volver más propicios los sistemas nacionales a las peculiaridades del arbitraje. Esta ley no solo tiene como uno de sus pilares el principio de la autonomía de la voluntad, sino también habilita a que las disputas sean resueltas de acuerdo a principios y criterios transnacionales, cuando las partes así lo hayan decidido. Al efecto, el artículo 28 de la ley modelo utiliza la expresión "normas de derecho[23], que debe entenderse equivalente a *lex mercatoria* o derecho transnacional[24].

En la misma línea, muestran una amplia apertura hacia el derecho transnacional los reglamentos de la CNUDMI[25] y de las principales instituciones arbitrales del mundo[26]. Este constituye un dato no menor, si se considera la uniformidad existente entre

23. Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión "normas de derecho", alusiva al derecho transnacional, solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti (Documento UNCITRAL A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1).
24. El comentario de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Destaca GRIGERA que en Derecho internacional privado, el término "derecho" (o "ley", a secas) para referirse al régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia en materia de arbitraje internacional se entiende que excluye normas, principios o reglas de fuente a nacional o internacional general, y se limita tan solo a los derechos nacionales o convenciones internacionales ratificadas por los Estados cuyas condiciones de aplicación se encuentren reunidas en el caso concreto (GRIGERA NAÓN, Horacio A. El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR: un Análisis Crítico. Revista Brasileira de Arbitragem, Coedición de Síntese y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2003, nº 1, p. 24). A su vez, se expresa en los Principios Europeos de Derecho Contractual: "La expresión 'normas de derecho' del art. 28(1) de la ley modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a)".
25. Se lee en los documentos oficiales preparatorios de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y A/CN.9/WG.II/WP.149), que en las discusiones en torno al borrador del actual artículo 35 (artículo 33 en el Reglamento de 1976), el Grupo de Trabajo concordó que el tribunal arbitral debería aplicar las "normas de derecho" designadas por las partes y, consecuentemente, esta expresión debería reemplazar la palabra "ley" en la primera oración del artículo 33 (A/CN.9/641, para. 107). La expresión se entiende más amplia que el término "ley", y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo reglas que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional.
26. Como el de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association* (AAA); la *London Court of International Arbitration* (LCIA); la Cámara de Comercio de Estocolmo; el Centro de Disputas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); y el Centro de Resolución de Disputas en Materia de Inversiones del Banco Mundial, cuya abreviatura en español es la de CIADI.

estos instrumentos normativos, con el efecto homogeneizador consecuente.

Esta apertura hacia el derecho transnacional se reafirma con la adhesión masiva al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés), creado en Washington en 1965, de gran amplitud hacia el derecho transnacional; como así también al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas[27]; además de otros textos convencionales como los propiciados en el ámbito de la OEA y del MERCOSUR. Todos estos instrumentos se muestran propicios a la aplicación del derecho transnacional[28].

A lo que debe sumarse el imponente desarrollo casuístico, sobre todo en las últimas décadas en que, además, los laudos arbitrales comenzaron a ser publicados y –por ende– difundidos internacionalmente[29]. La Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, difunde sus laudos desde 1974 en el *"Journal du droit international"*, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, por su parte, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores.

27. LEATHLEY, Christian. *International Dispute Resolution in Latin America, An Institutional Overview, Kluwer Law International*, 2007, p. 25.
28. Así, el convenio constitutivo del CIADI prevé en su artículo 42, que "podrán tener virtualidad las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables". Ello en tanto que la Convención de Panamá de 1975 se remite, en su artículo 3ª, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta "los usos mercantiles aplicables". Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 "al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional". Ello surge también del Art. 25, inciso 3º.
29. Con el debido resguardo de la confidencialidad que impone la materia arbitral, lo cual implica por lo general la no mención de las partes y de ciertos hechos relativos a los casos que se publican. Ello a pesar de que muchas decisiones no contienen razonamiento (solo expresan quién ganó y quién perdió) y otras tantas no son publicadas (ver KUPFER SCHNEIDER, Andrea, Carrie MENKEL-MEADOW, Lela JPORTER LOVE, Jean R. STERNLIGHT, Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model. *Aspen Publishers*, 2005, p. 453).

A su vez, los laudos arbitrales han sido sistematizados por la doctrina, a cuyo respecto, claramente, los juristas franceses han estado a la vanguardia[30]. Esa doctrina, nuevamente, recibió espaldarazos importantes de altos tribunales de diversas jurisdicciones claves para el desarrollo del comercio internacional[31].

Pero la cosa no para allí. En paralelo a la resurrección, en forma moderna, de la *lex mercatoria* en el arbitraje, se propugna incluso la liberación del proceso arbitral, y de su eventual laudo, de los derechos nacionales, con lo que la contienda por esta vía debería ser capaz de "flotar" independientemente al país en que se conduce, produciéndose así lo que se llama como "deslocalización" o "desnacionalización". Se sostiene incluso que las leyes nacionales solo tendrían efecto, en su caso, ante un ulterior estadio de ejecución del laudo en virtud de limitadas eventuales causales de invalidación o –por supuesto–, cuando las partes específicamente designan el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*) como aplicable al procedimiento arbitral. Si bien debe reconocerse que la deslocalización del arbitraje –en palabras de FERNÁNDEZ ARROYO– constituye una tendencia y no un hecho consumado[32], hasta detractores como GOODE han llegado a reconocer que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales[33].

30. Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un "fantasma creado por profesores de la Sorbona" (TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems. American Journal of Comparative Law*. 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151). En general, ver MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Nueva *Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?* Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional. Editorial Legis: 2003, nº 1). Ello en alusión a Goldman y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado (ver, por ejemplo, GOLDMAN, Berthold en Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant, Carbonneau, Thomas E. (ed.), *Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law*, 1998).
31. Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7).
32. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional, en *Revista Brasileira de Arbitragem, Año II, No. 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005*, p. 117.
33. GOODE, Roy. (nota 11), p. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan "*policy concerns*" que han dividido a la doctrina (CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), p. 685). Para los argumentos a favor y en contra de la deslocalización, puede verse un muy buen resumen en MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto. *Delocalización, la lex loci arbitri y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación. Arbitraje y Mediación*, MORENO RODRÍGUEZ, José A. (coord.). Intercontinental Editora, 2003, pp. 64-171.

De modo que, de la *praxis* arbitral[34], renace –o se extiende en su consolidación– un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares como *"Restatements"* o *"Principios"*[35].

1.3 Instrumentos de la *lex mercatoria*

Diversos textos, algunos destinados a obtener sanción estatal y otros no, han contribuido a consolidar el renacido derecho transnacional o *lex mercatoria*.

De suma trascendencia resulta la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, elaborada por la CNUDMI, que reúne en un texto convencional de derecho uniforme principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercio internacional[36]. Si

34. Hace unos años, una investigación encabezada por Berger recurrió a una encuesta entre 2.733 abogados. De quienes respondieron, aproximadamente un tercio indicó que estaban al tanto de al menos un caso ocurrido en su práctica en que las partes han referido al derecho transnacional en sus contratos, y más del 40 % estaba al tanto de al menos un procedimiento arbitral en que se utilizó el término (ver en DRAHOZAL, Christopher R. *Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration. Journal of International Arbitration*, Vol. 20, nº. 1, p. 30). Una reciente investigación, para la que –como lo refiere Mistelis– se utilizaron 136 extensos cuestionarios y datos cualitativos basados en 67 entrevistas a profundidad, señala que el uso del derecho transnacional es razonablemente común en la praxis arbitral (aproximadamente el 50 % de los encuestados lo usaron al menos "a veces"). Otras conclusiones interesantes son que la elección del derecho aplicable está mayormente influenciada por la percibida neutralidad e imparcialidad del sistema jurídico con respecto a las partes y su contrato, lo apropiado del derecho para el tipo de contrato y la familiaridad de las partes con el derecho. También se concluye que la decisión sobre el derecho aplicable es una cuestión compleja en que, la mayoría de los que respondieron y fueron entrevistados, parecieron tomar un considerado y bien pensado enfoque. En cuanto a los derechos nacionales, el 40 % de los respondientes utilizaron el derecho inglés más frecuentemente, seguidos del 17 % que recurrieron al derecho de Nueva York. El 53 % de quienes respondieron creen que el impacto del derecho aplicable puede ser limitado en alguna medida con un contrato meticulosamente redactado, y el 29 % cree que puede ser limitado en una gran medida de esta forma (2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case*, pp. 11 y ss).

35. Puede profundizarse al respecto en MORENO ROGRÍGUEZ, José A. Nueva *Lex Mercatoria*: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona? *Revista de Derecho Mercantil Internacional, Editorial Legis*, 2003.

bien hoy por hoy, la Convención de Viena rige en más de setenta países, ella podría aplicarse aun sin estar ratificada, como expresión del *status* del derecho transnacional o *lex mercatoria* en la materia allí comprendida, en su caso.

Yendo más allá de la elaboración de textos destinados a tener sanción estatal, particular repercusión mundial ha tenido también la labor, en materia contractual, de UNIDROIT. Tal constituye el acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación, que publicó en los años 1994 y 2004 "Principios" de Derecho Contractual[37] Grupos de expertos han trabajado para detectar y reformular (*to restate*) los "principios" universales en la materia, y los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones, además de un preámbulo que precede y explica el instrumento[38]. Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a legisladores, jueces o árbitros en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales[39], y así viene ocurriendo de manera reiterada en tiempos recientes[40].

36. Ver GARRO, Alejandro, Alberto L. ZUPPI. *Compraventa internacional de mercaderías*. Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.
37. Puede profundizarse al respecto en: MORENO RODRÍGUEZ, José A. Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables? *Revista Foro de Derecho Mercantil*. Editorial Legis, 2005; se reproduce asimismo en MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Catena Editores, CEDEP, 2006.
38. Ello al igual que los llamados "*Restatements*" norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal –aunque sí pueden inspirar reformas normativas– que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.
39. FARNSWORTH, en su análisis de diversos precedentes arbitrales, concluye que en ellos los árbitros realmente consideran los Principios de UNIDROIT como expresión de los principios generales del derecho mercantil internacional o de la *lex mercatoria*, si así se quiere llamarlos. En el boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje aparece un estudio en el cual se concluye que los prácticos frecuentemente tienden a evitar el término *lex mercatoria* y prefieren referirse a los Principios de UNIDROIT. En los Estados Unidos, la expresión *lex mercatoria* tiende a conjurar imágenes de extrañas concepciones del *civil law*, lo cual explica por qué en países del *common law* en general, y los Estados Unidos en particular, la gente se siente más cómoda teniendo a su disposición Principios como los de UNIDROIT. A diferencia de la *lex mercatoria*, refiere FARNSWORTH, uno puede asir los Principios de UNIDROIT en sus manos, por así decirlo (FARNSWORTH, E. Allan. *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application. Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 22).

En el seno de la Unión Europea se publicaron también "Principios" similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante "PECL")[41], elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole Landö (Comisión Landö) y a partir del año 2003[42] aparece en escena el "enigmático" concepto del Marco Común de Referencia (MCR)[43]. Tanto UNIDROIT como la "Comisión Landö", de manera imprecisa, habían denominado finalmente "principios" a su producto, cuando en realidad estamos ante un cuerpo de reglas que podrían fácilmente ser sancionados por un legislador como "Código". Esto fue enmascarado ahora bajo la expresión "Marco Común de Referencia", que fue elegida por la Comisión europea[44], y se espera contar como resultado final con Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo (*Common Principles of European Contract Law–CoPECL*), con definiciones de términos contractuales y con principios fundamentales y reglas coherentes en la materia[45].

En la órbita privada se registran un sinfín de iniciativas, entre las que se destacan, a nivel mundial, los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional[46], que propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, haciendo uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el

40. En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas arbitrales –y judiciales– donde se recurre a los Principios de UNIDROIT (ver base de datos www.unilex.info).
41. A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v First National Bank*) (ver VON BAR, Christian. *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology. Epistemology and Methodology of Comparative Law.* VAN HOECKE, Mark (ed.). Hart Publishing, 2004, p. 126).
42. La idea de dicho MCR fue introducida por *COM* (2003) 68 final, 12 de febrero de 2003, parágrafos 58-68.
43. VV. AA. *The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems. Oxford Journal of Legal Studies N.N., Forthcoming. Disponible* en SSRN: http://ssrn.com/abstract=1269270, enero 31, 2010, p. 4.
44. El modelo de todos es el de los *Restatements* norteamericanos (ver VV.AA. (nota 67), p. 12.
45. http://www.copecl.org (Último acceso: 31 de enero de 2011).
46. Organización no gubernamental con sede en París, que cuenta con más de 7.000 miembros en 130 países http://www.iccwbo.org (Último acceso: 31 de enero de 2011)

comercio internacional[47]), a cartas de crédito documentarias[48], etcétera[49].

Existen también contratos estándares aceptados dentro de determinados círculos económicos, como las condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil del año 1987, elaboradas bajo auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC), conocidas comúnmente como Contrato FIDIC[50]; o los formularios estándares internacionales de la *Grain and Feed Trade Association* con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior[51]. Contratos modelos son también propuestos por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, como el de venta internacional de bienes perecederos del UNCTAD/WTO *International Trade Centre*[52], en tanto que el Banco Mundial[53] y organismos de financiación europeos[54] cuentan con lineamientos (*guidelines*) a este respecto.

A ello deben sumarse los llamados "Códigos de Conducta", elaborados en círculos privados –o también en organismos intergubernamentales[55]–, que reúnen de manera sistemática normas generalmente de carácter programático, y tienen como características su flexiblidad, el cumplimiento voluntario de sus postu-

47. Como FOB (*Free on board*-libre a bordo), CIF (*Cost, insurance and freight*-Costo, seguro y flete), etcétera.
48. Las reglas uniformes para el uso de cartas de créditos documentarias, publicadas en el año 2007 como UCP 600, fueron apoyadas por UNCITRAL en julio de 2007 (Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (A/64/17), 2009, paras. 356-357 http://www.uncitral.org).
49. Otro organismo privado muy influyente en su área es el Comité Marítimo Internacional (IMC en inglés, CMI en francés y español). http://www.comitemaritime.org/ (Último acceso: 31 de enero de 2011)
50. Ver www.fidic.org. (Último acceso: 31 de enero de 2011)
51. Ver www.gafta.com. (Último acceso: 31 de enero de 2011)
52. KRONKE, Herbert. *The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union. Liber Amicorum* en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 296.
53. Ver www.bancomundial.org (Último acceso: 31 de enero de 2011)
54. Ver www.eurd.com (Último acceso: 31 de enero de 2011)
55. Así, la Comisión de la Unión Europea, por Recomendación 77/524/CE de 1977, ha dictado el Código de Conducta Europeo relativo a transacciones de valores mobiliarios (ver sobre todo esto en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum*. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales. Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 91-198).

lados y la autorregulación, al margen de normativas estatales. Aquí también la Cámara de Comercio Internacional cuenta con instrumentos como el *International Code of Advertising Practice*[56] y el *International Code of Sales Promotion*[57]; en tanto que la *Factors Chain Internacional* ha elaborado el *Code of International Factoring Customs* (IFC)[58].

Los gremios de abogados, como la *International Bar Association* (IBA), la *American Bar Association* (ABA)[59] y la *Union Internationale de Avocats* (UIA)[60], participan activamente, asimismo, en los diversos procesos de homogeneización, enviando sus representantes a los grupos de trabajo, además de proponer reglas privadas, como las reglas de ética, conflictos de intereses y producción de pruebas en el arbitraje de la IBA, de amplia utilización en el mundo[61].

1.4 Elección del derecho por el tribunal arbitral

Señala BLESSING que la omisión de elegir expresamente el derecho aplicable puede ocurrir por varios motivos, como por ejemplo, el olvido de las partes; o porque estas no consideraron necesaria la elección; o porque los contratantes lo han discutido pero no llegaron a un acuerdo; o porque las partes han evitado intencionalmente discutir la cuestión, por ejemplo, porque sabrían que sería difícil llegar a un acuerdo o porque el miedo de discutir este tema impediría la conclusión del contrato[62].

56. Ver http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/Spanish%20ICC%20Consolidated%20Code%20on%20MA%20Practice.pdf (Último acceso: 31 de enero de 2011).
57. Ver http://www.iccwbo.org/id502/index.html (Último acceso: 31 de enero de 2011).
58. http://www.factors-chain.com/ (Último acceso: 31 de enero de 2011).
59. http://www.ibanet.org/ (Último acceso: 31 de enero de 2011).
60. http://www.uianet.org/ (Último acceso: 31 de enero de 2011).
61. Se accede a través del siguiente link: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Así también, el Club Español de Arbitraje, por ejemplo, cuenta con Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, además de un Código para las Buenas Prácticas Arbitrales (www.clubarbitraje.com). (Último acceso: 31 de enero de 2011).

Cuando las partes no han elegido el derecho de fondo, el artículo 28(2) de la ley modelo hace alusión a la aplicabilidad de "la ley que determinen las normas de conflicto"[63], expresando el comentario de la CNUDMI que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a pautas más tradicionales. Es decir, en caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar como derecho aplicable uno de origen estatal, y no, por ejemplo, principios como los de UNIDROIT.

El sistema tradicional "conflictualista" ha presentado múltiples complicaciones en materia arbitral. La tendencia original reflejada en los laudos era la de otorgar prevalencia a las reglas de conflicto del lugar del arbitraje. Actualmente no existe consenso, pero hay tres alternativas que emergieron de la *praxis* y de recomendaciones doctrinarias: Primero, la aplicación acumulativa de las reglas de conflicto de todos los Estados que tienen conexión con las partes en disputa. Segundo, derivar estas normas de fuentes no nacionales, como principios del derecho o reglas de conflicto establecidas en convenciones internacionales. Tercero, aplicar otras normas, como las de la nacionalidad del árbitro, o del Estado cuyos tribunales hubieran tenido jurisdicción de no haberse pactado el arbitraje, o del Estado en donde se ejecutará el acuerdo[64].

En lo que respecta a los casos de la Cámara de Comercio Internacional, destacan CRAIG, PARK Y PAULSSON, que el sistema de la aplicación acumulativa de reglas conflictuales relacionadas con la disputa es el más frecuentemente utilizado por los árbitros, que deben realizar un proceso comparativo para deter-

62. En algún momento el tribunal debiera preguntarse ¿si las partes tuvieran que convenir a qué derecho sujetarse, cuál elegirían? En la mayoría de los casos la conclusión debiera ser –según BLESSING– que ni una de las partes querría someterse al derecho de la otra. Esto es lo que se conoce como "*implied negative choice*" (BLESSING, Marc. *Choice of Substantive Law in International Arbitration*. http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN8666&query=AND(content:%22marc%22,content:%22blessing%22,content:%22choice%22,content:%22of%22,content:%22substantive%22,content:%22law%22). (Último acceso: 31 de enero de 2011).
63. Prevé la disposición: "...2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables..."
64. Ver BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials. Second Edition. Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, 2002*, p. 530.

minar si hay colisión o no entre estos sistemas. Los árbitros introducen así un elemento transnacional al proceso, al asegurar a las partes que la cuestión no quedará zanjada con la aplicación miope del sistema jurídico de un Estado en particular[65].

Alternativamente, la aplicación que se haga de "principios generales" en materia de conflicto de leyes también envuelve un enfoque comparativo, pero –se ha dicho– con menos atención a la conexión entre esas reglas y la relación contractual en disputa[66]. A dicho efecto, se suele recurrir a convenciones internacionales, como ocurre frecuentemente con el Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (hoy convertido en el Reglamento Comunitario Roma I)[67], sean o no las partes destinatarias de dicha regulación[68].

65. CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), pp. 326-327.
66. CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), p. 327.
67. Igual aplicación podría tener la Convención de México de 1994. Ella prevé que, en defecto de elección o en supuestos de ineficacia de esta selección, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los "vínculos más estrechos" (Artículo 9), con lo que se adopta la fórmula flexible de "conexión más cercana o significativa" y se descartan otras nociones controvertidas. Se ha señalado la bondad de esta solución, especialmente para situaciones en que las partes no tuvieran buen asesoramiento jurídico o estaban equivocadas con respecto al alcance del derecho elegido, con lo que queda favorecida la búsqueda del derecho que mejor se adecua a los objetivos de los contratantes. E incluso, la disposición puede funcionar en muchos casos como regla de validación para situaciones en que la elección del derecho derivaría en la ineficacia del contrato, en tanto que difícilmente las partes pudieron haber pretendido que el acuerdo no tuviera validez. La Convención de México desecha establecer pautas para determinar una "prestación característica" que lleve al derecho aplicable, conforme lo hacía entonces su fuente europea. El concepto de "prestación característica" ha sido calificado por Juenger de "Nudo Gordiano", por volverse sumamente dudoso en permutas, contratos de distribución y en general en vinculaciones complejas, como lo son normalmente las de la contratación internacional. Peor aún, el concepto confiere un privilegio caprichoso a favor de la aplicación del derecho de quienes tienen un dominio para la provisión de bienes y servicios en transacciones internacionales (JUENGER, Friedrich K. The UNIDROIT *Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 229, pp. 206-207). Sobre las críticas a las soluciones europeas, que le han valido calificativos como "laberinto" o "jungla" y, en materia de seguros hasta "infierno" en cuanto a su regulación (GRUBER, Urs Peter. *Insurance Contracts. Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Ferrari, Franco, Stefan Leible. (eds.). Sellier. 2009, p. 110-111), puede verse en BERMAN, Harold J. (nota 10), p. 357; MORRIS, John Humphrey C. *The Conflict of Laws. Seventh Edition*. David MCCLEAN and Kisch BEEVERS. Sweet & Maxwell, Thomson REUTERS, 2009, p. 352.
68. CRAIG, LAURENCE, WILLIAM PARK, JAN PAULSSON. (nota 3), p. 328. La aplicación de las reglas de conflicto directamente elegidas por el árbitro (método directo, referido más abajo) es otro criterio, pero atendiendo a que éstas deberían ser las percibidas por el árbitro como normas universales o usos concernidos al caso, puede identificarse con el método anterior anterior (CRAIG, LAURENCE, WILLIAM PARK, JAN PAULSSON. (nota 3), pp. 328-329).

A nivel legislativo las soluciones varían. En Inglaterra, por ejemplo, antes de la Ley de Arbitraje de 1996 se requería que los árbitros aplicaran las reglas de conflicto aceptadas por los tribunales ingleses, en tanto que hoy día existe una remisión amplia a las reglas de conflicto (artículo 46(3). Por su parte, tanto la ley de arbitraje alemana (sección 1051(2) como la ley suiza de arbitraje (artículo 187.1.1) se valen de la regla de conflicto de la "conexión más cercana".

Si bien en este tema la ley modelo (y los cuerpos normativos que la siguen) se atienen a criterios más tradicionales o "conflictualistas", autoridades de peso del mundo arbitral entienden que debe darse una interpretación extensiva a estos instrumentos normativos[69], que no derive en criterios localistas.

Y aunque así no fuera, la ley modelo contiene una importante disposición de que *"en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso"*[70]. Como bien lo señala Dalhuisen, la aplicación de este precepto no depende de la voluntad de las partes, y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie a una eventual remisión a la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, al menos en lo que respecta a la aplicación de los principios fundamentales al caso en particular que se presente[71].

69. Ver en RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 117. Incluso, leyes arbitrales, como las de Francia, Italia y Holanda permiten a árbitros aplicar dicha *lex* aun en ausencia de elección de las partes.
70. Artículo 28, inciso 4).
71. DALHUISEN, Jan. *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*. Hart Publishin: 2000, p. 119. Con ello, se sirve mucho mejor a los intereses de las partes. Ya lo señalaba hace varias décadas Gutteridge, que el boicot a los tribunales, que se hace al recurrirse a los arbitrajes, es el resultado a una inclinación marcada de no correr el riesgo de quedar envueltos en reglas de conflicto tan complicadas que los mercaderes ni sus asesores puedan prever sus efectos. El derecho que prevalecerá ante juzgadores ordinarios puede últimamente estar determinado por un evento puramente fortuito o relativamente trivial, como ocurrió en el famoso caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.* (GUTTERIDGE, Harold. *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*. Second Edition. Cambridge University Pres: 1949, p. 53)

1.5 Método directo

El método directo, incorporado ahora al artículo 35 del nuevo reglamento de la CNUDMI, es uno de los grandes avances con respecto a las anteriores reglas de 1976, y a la propia ley modelo que, en su artículo 28(2), se remite a normas conflictuales.

De hecho –resalta WEBSTER– no se interpreta como imperativo este artículo de la ley modelo (igual comentario vale para la sección 46 del *English Arbitration Act* de 1996 que no contempla el método directo), por lo que los árbitros pueden dejar de lado la norma y recurrir al método directo[72].

Distintos reglamentos de las instituciones arbitrales más relevantes prevén que, ante el silencio de las partes, los árbitros tienen la libertad de elegir el derecho aplicable, y no valerse del mecanismo conflictual para llegar a una legislación local. Un hito a este respecto lo representa el art. 59(a) de las reglas de arbitraje de 1994 del organismo mundial de la propiedad intelectual (WIPO).

En cuanto a la Cámara de Comercio Internacional, hasta 1975 sus reglas arbitrales no contenían una provisión específica de selección del derecho por los árbitros. La tendencia de los árbitros era aplicar el derecho del lugar del arbitraje, que se veía como análoga al foro judicial, cuyas reglas de conflicto prevalecían[73]. Se seguía así una recomendación adoptada en 1957 por Resolución 'del Instituto de Derecho Internacional. Ello, sin embargo, no se justificaba. Una sede neutral puede, por ejemplo, ser fijada por los árbitros en ausencia de un acuerdo de las partes, en cuyo caso la aplicación de la norma de conflicto de ese lugar puede, además de no llegar a tener conexión con el caso, conducir a un resultado indeseado por los contratantes en cuanto al derecho aplicable[74].

72. WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 515.
73. CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), p. 321.
74. CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), p. 321.

La situación cambió con el artículo 13(3) del reglamento de dicha cámara de 1975, y el nuevo reglamento, de 1998, adopta el método directo. Igual solución siguen el artículo 28.1 del reglamento de la *American Arbitration Association* y el artículo 22(1) de la Cámara de Estocolmo.

En aplicación de este método directo, el árbitro probablemente aplicará también nociones de Derecho internacional privado, al menos en su razonamiento interno, pero –resalta Blessing– sin obligación de dar una explicación o fundamento[75], a pesar de que sí debe proveer una explicación razonada de su decisión, de acuerdo con las legítimas expectativas de las partes[76]

La elección directa no debe, pues, ser vista como arbitraria, y al efecto pueden tomarse como referencia conceptos que forman parte del sistema conflictual, como la conexión más cercana o el lugar de cumplimiento[77]. Así ocurre por ejemplo cuando se aplica, a las reglas europeas de conflicto, en materia de contratación internacional. El reglamento comunitario conocido como Roma I, si bien no resulta aplicable a los acuerdos para arbitrar como tales, sí puede serlo con respecto a la determinación del derecho sustantivo de los contratos de los que el acuerdo arbitral es parte. De hecho, mucha jurisprudencia ha hecho aplicación del principio de la prestación característica seguido en Europa[78]. También pueden ser tenidas en cuenta las reglas de Roma II (Reg. (EC) No. 864/2007), que contienen la regulación europea de derecho aplicable a obligaciones no contractuales[79].

75. BLESSING, Marc. (nota 58), p. 12.
76. Señalan DERAINS y SCHWARTZ que un tribunal arbitral tiene aún la libertad para aplicar una regla de conflicto, si lo considera apropiado, independientemente de si la regla se origina en un sistema legal nacional, en una convención internacional o en los principios generales del derecho internacional privado. Incluso, los árbitros pueden elaborar su propia regla de conflicto. Sin embargo, cualquiera sea el método que se emplee, los árbitros deben proporcionar una explicación razonada de su decisión de acuerdo con las expectativas legítimas de las partes (DERAINS, Yves, Eric A SCHWARTZ. El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Oxford University Press: 2001, p. 274).
77. WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 515.
78. WEBSTER, Thomas H. (nota 5), pp. 516-518.
79. WEBSTER, Thomas H. (nota 5), pp. 524 y ss.

1.6 *Lex mercatoria* en ausencia de voluntad de las partes

Ante su amplia aceptación, se debate si procede también que los árbitros apliquen la *lex mercatoria* en ausencia de selección del derecho por las partes[80].

GOODE encuentra varios supuestos en los que un tribunal arbitral podría o debería evitar recurrir a un derecho nacional. Primero: cuando el derecho local eventualmente aplicable se encuentre tan precariamente desarrollado que resulte incapaz de dar solución al asunto. Ello ha sucedido, por ejemplo, en el caso *SPP v. Arab Republic of Egypt*, en que el tribunal encontró que el derecho islámico (egipcio) no daba respuesta a la cuestión de los intereses. Segundo: cuando los derechos de las partes tengan soluciones opuestas, y el uso de las reglas de conflicto, de por sí, determinaría el resultado de la contienda. En este caso, la *lex mecatoria* es vista como el método neutral de resolver la disputa, sin herir susceptibilidades del eventual perdedor. Tercero: el derecho de las dos partes o de los Estados con los que el contrato está conectado y la *lex mercatoria* contienen idéntica solución, con lo que sin tener que declarar un derecho "ganador", el tribunal podría recurrir directamente a la *lex mercatoria*. Cuarto: las reglas de los sistemas jurídicos en competición son diferentes, y la elección entre un derecho nacional y otro según las reglas de conflicto está tan finamente balanceada que el tribunal encuentra difícil preferir uno del otro, en cuyo caso la referencia a la *lex mercatoria* puede proveer una salida al problema. Quinto: la elección de un sistema jurídico nacional es vista por el tribunal arbitral como insatisfactoria, porque envuelve la aplicación a una transacción internacional de una ley nacional dirigida al comercio doméstico. Sexto: al tribunal simplemente no le gusta la ley aplicable del derecho nacional, o el resultado que produciría, y está determinado a encontrar el método de evitarlo. Siente el tribunal que está casado al concepto de la *lex mercatoria* y desea asirlo cada oportunidad que tiene para aplicarlo y expandir su influencia[81].

80. Además de cuestiones relativas a las fuentes y a metodología RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 105.

Está visto que, en principio, la ley modelo permite a los árbitros aplicar reglas no nacionales solo cuando las partes las han elegido como aplicables a la sustancia. Expresa Mustill –en un comentario extensivo al artículo 35 del nuevo reglamento– que la decisión consciente de los que elaboraron la ley modelo de la CNUDMI, al emplear en el artículo 28(2) la palabra "ley" en vez de "reglas de derecho", debe haber sido una gran desilusión para los "*lex-mercatoristas*" y constituirá un serio obstáculo para el crecimiento de *lex*[82].

Sin embargo, la creciente casuística a partir de este comentario (emitido en 1987) indica todo lo contrario[83]. De allí que deba darse la razón a Blessing, por ejemplo, respetada autoridad en la materia, quien aboga por una interpretación extensiva a estos cuerpos normativos. También hacen lo propio otras renombradas figuras mundiales del arbitraje de hoy, como, por ejemplo, Gaillard[84].

Es de lamentar que el nuevo reglamento no haya admitido abiertamente la aplicabilidad de la *lex mercatoria* en estos supuestos de ausencia de elección, en línea con principales reglamentos arbitrales y leyes de vanguardia en la materia[85].

81. GOODE, Roy. (nota 11), p. 31.
82. MUSTILL, Lord Justice. (nota 6), p. 181.
83. La aplicación de principios internacionales, como los de UNIDROIT y PECL aumenta día a día, y tiene la ventaja que, entre otras, cosas el tribunal arbitral puede evitar el específico e inicial problema de determinar el derecho aplicable conforme al Derecho internacional privado (*Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* (www.sgecc.net), p. 17).
84. Ver RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 117.
85. Este énfasis lo pongo luego de comentarios recibidos del ilustre colega Alfredo De Jesús O., quien resalta la clara regresión del nuevo artículo 35 en este punto. Se elimina el sistema conflictual pero, sin embargo, pareciera mantenerse la imposición de un derecho nacional. Si esto es así –observa De Jesús– el nuevo Artículo 35 refleja una lamentable regresión que para nada se compagina con las mejores prácticas (recogidas en los reglamentos de instituciones arbitrales preponderantes) que le dan la libertad al árbitro para aplicar "las normas que estime apropiadas" en caso de falta de indicación de las partes sobre el derecho aplicable al fondo. Si esto en verdad es así, podría incluso decirse que muy probablemente sea una consecuencia lamentable de la preparación de textos internacionales a través de consensos. Quizás la búsqueda de consensos impidió nuevamente, al igual de lo que ocurrió con la ley modelo, que la CNUDMI adopte en este tema una posición de vanguardia.

En Francia y Holanda, por ejemplo, las leyes arbitrales permiten que los árbitros apliquen dicha *lex* aun en ausencia de elección de las partes[86]. Bajo influencia de las reformas francesas de ya hace unas décadas, e ideas de Pieter SANDERS sobre la *lex mercatoria*, el artículo 1054 de la ley de arbitraje de Holanda está fraseado de igual manera que su precedente francés. El reporte explicativo a la ley holandesa confirmó explícitamente que los árbitros, en casos intencionales, pueden aplicar la *lex mercatoria*, en tanto hayan sido autorizados por las partes o en ausencia de elección. Incluso, el reporte holandés sigue a Goldman en la definición de la *lex mercatoria*[87].

Por su parte, la sección 46 (1) (b) de la ley inglesa de arbitraje de 1966 dispone que si los contratantes así lo admiten, el tribunal arbitral resolverá el asunto de acuerdo a aquellas otras consideraciones (distintas a la ley) que hayan acordado las partes o que decida el tribunal. Notas explicativas al proyecto de 1985, redactadas por un comité consultivo departamental de arbitraje, decían que esa sección corresponde el artículo 28 de la ley modelo[88].

A su vez, el flamantemente sancionado nuevo artículo 1511 del código procesal civil francés, dispone que el tribunal arbitral podría decidir el litigio de conformidad a las normas de derecho que las partes han elegido o, en su defecto, de acuerdo a aquellas que estime apropiadas, debiendo tener en cuenta, en todos los casos, los usos de comercio[89]. El reporte explicativo enfatiza que el artículo 1511 y otros relacionados, consagran la existencia de un orden jurídico autónomo en materia de arbitraje internacional[90].

86. RUIZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 117. El comentario, emitido con relación a la anterior ley francesa, es válido con respecto a la actual.
87. DE LY, Filip. (nota 95), p. 250.
88. *Department of Trade and Industry, Consultative paper*, secc. 1 y 2: *Draft Clauses of an Arbitration Bill*, p. 38). (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a).
89. El art. 1496 del Código Procesal Francés otorga la facultad de que los árbitros apliquen la *lex mercatoria*; esto se desprende también del artículo 1700 del Código Procesal Civil Belga; del artículo 1496 del Código Procesal Francés; del artículo 1054 del Código Procesal Holandés; y del artículo 834 del Código Procesal Civil Italiano.

Se ha advertido que si los árbitros tienen dudas sobre la aceptación de la *lex mercatoria* por las partes, tendrían que intentar acomodarse a su voluntad y dar debida consideración a leyes domésticas relevantes. Si es posible, el laudo debería dejar en claro que la aplicación de la *lex mercatoria* no lleva a resultados incompatibles con sistema doméstico alguno de eventual aplicación, o que el derecho nacional indicado por las reglas conflictuales no se contradice con la *lex mercatoria* referida en la cláusula arbitral[91].

Como bien lo señala GOODE, los tribunales arbitrales tienen un deber moral y jurídico de actuar en una forma disciplinada y de acuerdo a principios establecidos, al menos que estén dispensados por acuerdo de partes[92].

1.7 *Ex aequo et bono y amiable composition*

Si bien hay disparidades terminológicas en distintos sistemas[93], con estas expresiones se hace alusión al arbitraje de equidad, previsto en el artículo 28 de la ley modelo y en varios reglamentos arbitrales[94].

Los árbitros deben mostrarse sumamente cautos a este respecto. Los tribunales franceses, por ejemplo, han resuelto que en arbitrajes de equidad, los árbitros deben dar razones para justi-

90. Hace ya varios años GOLDMAN había señalado, en sus clases ante la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que era necesario desarrollar reglas autónomas de conflicto para arbitrajes comerciales internacionales a fin de evitar resultados no satisfactorios emergentes de la aplicación de las reglas de conflicto del Estado sede el arbitraje y del Estado cuyas leyes resultan aplicables a los méritos de la disputa. Asimismo, reglas de conflicto autónomas serían necesarias en arbitrajes en que la *lex mercatoria* se aplicaría a la sustancia de la disputa, abogando por un sistema arbitral de conflicto autónomo (DE LY, Filip. (nota 11), pp. 212-213).
91. CARON, David, Lee M CAPLAN, Matti PELLONPÄÄ. (nota 31), p. 129. En términos análogos formulan una advertencia CRAIG, PARK y PAULSSON (CRAIG, Laurence, William PARK, Jan PAULSSON. (nota 3), p. 337).
92. GOODE, Roy. (nota 11), p. 7.
93. CARON, David, Lee M CAPLAN, Matti PELLONPÄÄ. (nota 15), p. 134.
94. Con ello se quiere significar que el tribunal puede basarse en consideraciones de equidad y justicia, aunque la palabra "equity" no debe entenderse en la acepción específica que tiene en las jurisdicciones del *common law*, WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 528.

ficar su decisión, sin que les esté permitido simplemente aplicar un derecho. Recientemente, en el caso *Fotovista*, la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo basado en *amiable composition* porque el árbitro no explicó su decisión de aplicar el derecho francés en las catorce páginas del laudo[95].

Demás está decir que considerar los términos del contrato y los usos debería ser parte de la evaluación acerca de qué es equitativo en arbitrajes de equidad[96], puesto que, como lo señalan la ley modelo y el reglamento, aquellos deben ser tenidos en cuenta en todos los casos[97].

Decidir en equidad es una facultad pero no una obligación de los árbitros. Estos pueden tener razones para aplicar de todos modos un derecho determinado, cuando podría haber peligro de invalidación o de no reconocimiento en jurisdicciones que no admitan el arbitraje de equidad, o cuando ello contradiga términos claros del contrato[98].

1.8 Usos mercantiles aplicables al caso

El artículo 28, inciso 4) de la ley modelo, así como el artículo 35 del reglamento de la CNUDMI, prevén que deben atenderse, en todos los supuestos, las estipulaciones del contrato, si las hubiera, y tenerse en cuenta *"los usos mercantiles aplicables al caso"*[99].

95. CA Paris, Enero 15, 2004, *Société Centrale Fotovista v Vanoverbeke et al.* (2004), citado por WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 528.
96. WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 529.
97. La nueva *lex mercatoria* tuvo un particular desarrollo en casos en que los árbitros podían actuar *ex aequo et bono* o como *amiables compositeurs*. Los árbitros sintieron que, aunque no estuvieran atados por reglas estrictas, sus laudos debían de todos modos basarse en principios razonables, de modo que aunque son conceptos diferentes, la *lex mercatoria* emergió como consecuencia de esa facultad de laudar en equidad (RUIZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 108). David rechaza, por no corresponder a la práctica y por carecer de fundamento desde el punto de vista de los principios, la distinción entre el arbitraje de derecho y el arbitraje en equidad, en el entendimiento de que la equidad no es una alternativa sino un progreso del derecho (ver en OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo *Demoulin*. *Legis* Editores, 2006, pp. 278-279, nota al pie).
98. CARON, David, Lee M CAPLAN, Matti PELLONPÄÄ. (nota 15), p. 136.

Ya la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 preveía en su Artículo VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los *"términos del contrato y los usos de comercio"*. Esto fue calificado por Blessing como uno de los más significantes acontecimientos del siglo XX, al liberar el arbitraje de percepciones locales[100].

En la misma senda, el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone en su art. 17(2) que "en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio". Cuando esta regla fue formulada en 1975, el entonces *Vice-Chairman* de la Corte, Jean Robert, dijo: *"Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos"*[101].

Señala David que el acuerdo de las partes para arbitrar disputas que surjan de un contrato internacional implica que, además de cualquier estipulación expresada en el convenio, serán tenidas también en cuenta los usos de la comunidad de comerciantes internacionales que resulten aplicables. Esta autoridad jurisdiccional implícita no es ni *amiable composition* (*arbitraje de equidad*) ni fallo acorde con la ley en su acepción usual. En vez,

99. El artículo 1054 de la ley procesal holandesa sigue la ley modelo de la CNUDMI sin describir claramente qué quieren decir con usos del comercio. El comentario oficial holandés refería a la *lex mercatoria* en este contexto y permitía su aplicación, sin discutir exactamente qué era (DALHUISEN, Jan. (nota 95), p. 119).

100. BLESSING, Marc. (nota 57), p. 12. Más recientemente, la Convención de México prevé que se tomarán en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" (Artículo 9°, párrafo segundo), y señala, además, que tendrán aplicación, cuando corresponda, "las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (artículo 10). Sobre el alcance y las consecuencias fecundas de estos artículos, ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7).

101. Los requerimientos del artículo 17(2) pueden ser vistos tanto como complemento a una previsión del derecho nacional sustantivo determinado a ser aplicable al contrato, como también como sustituto de la aplicación de un derecho nacional sustantivo. Aun cuando los árbitros han determinado que una sola ley nacional gobierna la interpretación y ejecución del contrato en cuestión, términos específicos del contrato tienden a adquirir prevalencia sobre principios de derecho establecidos en leyes o fallos judiciales, salvo una expresa provisión legal de efecto obligatorio, por ejemplo relativa al ejercicio del poder estatal (CRAIG, LAURENCE, WILLIAM PARK, JAN PAULSSON. (nota 3), p. 331).

demuestra que un marco de resolución de disputas, especialmente creado e innovador, se aplica en el arbitraje comercial internacional[102]. Las reglas de buena conducta comercial, precisamente porque son amplias y adaptables, dan a los árbitros una guía mejor y más apropiada que distinciones técnicas de disposiciones legales rígidas, lo cual constituye el sello de la legislación local[103].

2. Conclusión

Las vinculaciones comerciales transfronterizas encuentran en el arbitraje un mecanismo normalmente más apropiado para que sean atendidos tanto las expectativas de las partes como los requerimientos de justicia que demandan este tipo de contratos, acorde con la atmósfera cosmopolita en que se desarrollan.

Al respecto, esta contribución ha abordado distintas cuestiones que son claves para un entendimiento de las concepciones actuales preponderantes, cuya conclusión no puede ser otra que la ya adelantada, es decir, que el arbitraje debería permitir liberar la contratación internacional de constreñimientos legalistas inapropiados. Estas vinculaciones requieren ser consideradas desde el prisma transfronterizo en que se llevan adelante, para así servirse apropiadamente a las partes envueltas y, en general, al comercio internacional en sí, que de esta forma se puede desarrollar de manera mucho más apta que con la aplicación de rígidas reglas domésticas, no infrecuentemente inadecuadas para tal fin.

102. Ver en CARBONNEAU, Tom. *A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate. Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Lew Merchant. Revised Edition.* CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). Juris Publishing, Kluwer International Law: 1998, p. 21.
103. CARBONNEAU, Thomas. (nota anterior), p. 37.